

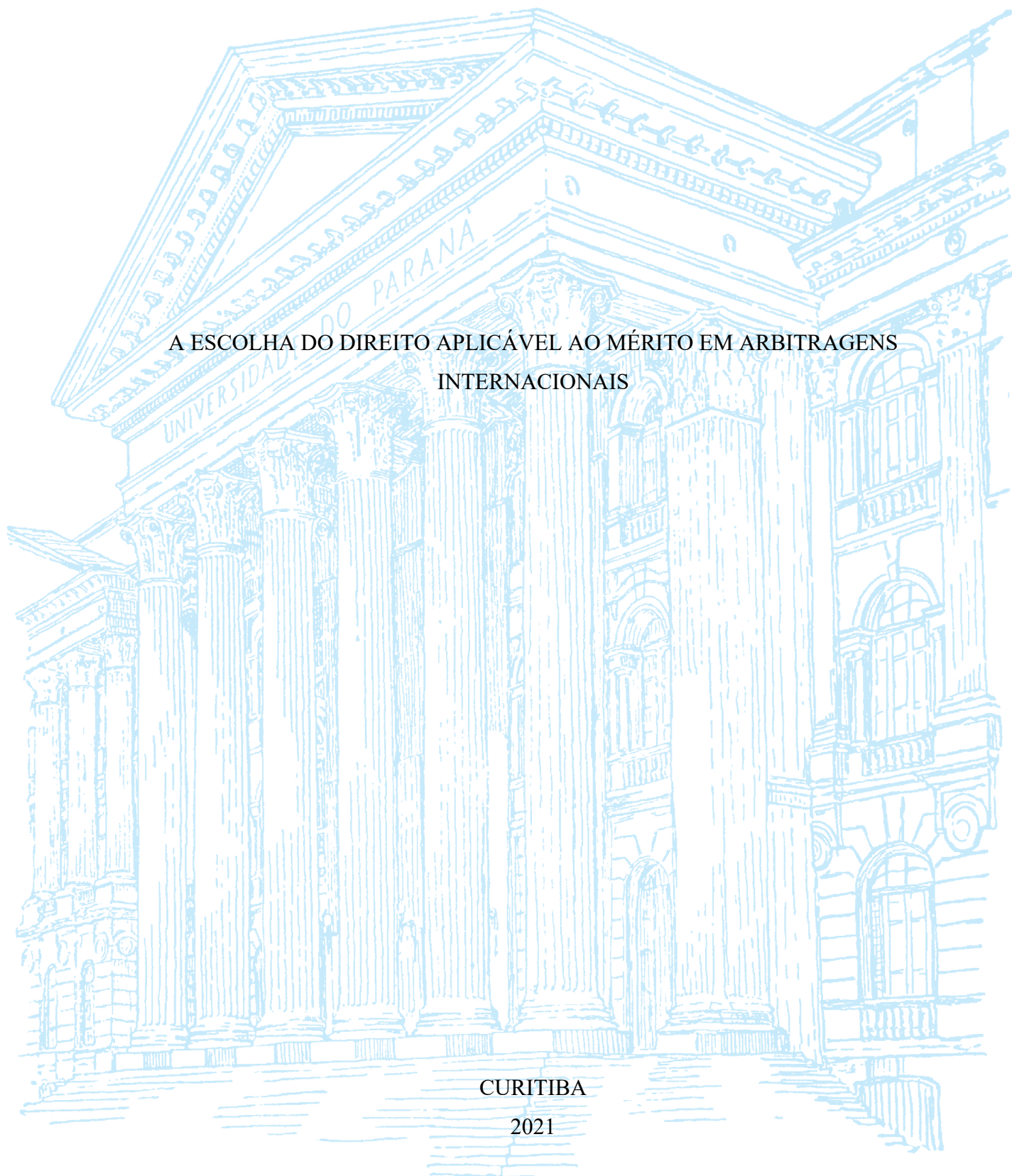
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

GABRIELA FARIA SANTOS DA SILVA

A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO EM ARBITRAGENS  
INTERNACIONAIS

CURITIBA

2021



GABRIELA FARIA SANTOS DA SILVA

A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO EM ARBITRAGENS  
INTERNACIONAIS

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski  
Ruzyk

CURITIBA

2021

## TERMO DE APROVAÇÃO

### A ESCOLHA DO DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS

GABRIELA FARIA SANTOS DA SILVA

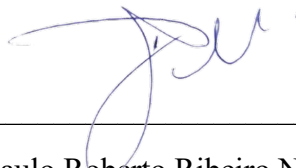
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Orientador



---

Paulo Roberto Ribeiro Nalin

1º membro



---

Ivo de Paula Medaglia

2º membro

*Si travail et courage  
Ont pris de la hauteur  
Que reste-t-il à faire  
À qui ne rêve pas ?*

Eugène Guillevic

## **RESUMO**

O presente trabalho aborda questões relativas à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio em arbitragens comerciais internacionais. Para isso, o estudo foi dividido em quatro partes. Na primeira, foram abordados os critérios definidores da internacionalidade na arbitragem. Na segunda, versou-se acerca das particularidades na escolha do direito aplicável ao mérito, destacando-o, inicialmente, dos demais direitos que podem interferir na arbitragem para, posteriormente, tratar sobre a autonomia da vontade das partes e as restrições impostas pela ordem jurídica internacional. Na terceira parte, dissertou-se sobre as tendências nacionalizadora e desnacionalizadora da arbitragem internacional, compreendidas como as duas principais teses norteadores da escolha do direito aplicável ao mérito pelo árbitro. Em seguida, na quarta parte, foram analisados os métodos à disposição do árbitro para a determinação do direito que regerá o litígio, na ausência de escolha das partes a respeito. Finalmente, na última parte, tendo em vista as considerações tecidas nos capítulos anteriores, concluiu-se que, para a evolução da arbitragem enquanto método adequado de solução de litígios, mais do que manter-se fiel a uma tendência mais ou menos desnacionalizadora da arbitragem, importa que o árbitro, ao deparar-se com o desafio de ter que escolher o direito aplicável ao mérito, não perca de vista o seu dever de proferir sentença justa e eficaz, considerando as legítimas expectativas das partes e a ordem pública internacional.

Palavras-chave: Arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito do litígio.

## **RÉSUMÉ**

Le présente étude traite des questions relatives au choix du droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage du commerce international. À cette fin, on a divisé l'étude en quatre parties. Dans la première, les critères de définition de l'internationalité dans l'arbitrage ont été abordés. Dans la deuxième partie, ont été examinées les particularités du choix de la loi applicable au fond du litige, en le distinguant d'abord des autres droits susceptibles d'intervenir dans l'arbitrage. Dans la troisième partie, ont été analysés des tendances liées à la nationalisation et dénationalisation de l'arbitrage international, ainsi comprises comme les deux principales thèses d'orientation pour déterminer la loi de fond par l'arbitre. Puis, dans la quatrième partie, ont été étudiés les méthodes que l'arbitre dispose pour déterminer la loi qui régira le litige, en l'absence d'un choix des parties à cet égard. Finalement, dans la dernière partie, en tenant compte des considérations formulées dans les chapitres précédents, il a été conclu que, pour l'évolution de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits, plus que rester fidèle à une tendance plus ou moins liée à la dénationalisation de l'arbitrage, il est important que l'arbitre, lorsqu'il est confronté au défi de choisir la loi applicable au fond, ne perd pas de vue ses devoirs de rendre une sentence juste et efficace, considérant les attentes légitimes des parties et l'ordre public international.

Mots-Clés : Arbitrage du commerce international. Loi applicable au fond du litige.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Convenção de Genebra de 1961	Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1961
Convenção de Haia de 1955	Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 1955
Convenção do México de 1994	A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994
Convenção de Nova York	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958
Convenção do Panamá	Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975
Convenção de Roma de 1980	Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980
CISG ou Convenção	Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
Incoterms	Termos Internacionais de Comércio
LCIA	The London Court of International Arbitration
Lei Modelo da UNCITRAL	Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, revisada em 2006
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Princípios UNIDROIT ou Princípios	Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de 2016
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A INTERNACIONALIDADE DA ARBITRAGEM .....</b>	<b>9</b>
1.1 Critério jurídico ou objetivo.....	9
1.2 Critério econômico.....	10
1.3 O sistema adotado pela Lei 9.307/96.....	11
<b>2 ASPECTOS DO DIREITO APLICÁVEL EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL</b>	<b>14</b>
2.1 Arbitragem e leis: uma complexa interação.....	14
2.2 Autonomia da vontade das partes .....	16
2.3 Restrições impostas pela ordem pública internacional .....	22
<b>3 PRINCIPAIS TENDÊNCIAS.....</b>	<b>23</b>
3.1 Tendência nacionalizadora: <i>lex facit arbitrum</i> .....	25
3.2 Tendência desnacionalizadora: ordem jurídica arbitral .....	28
3.2.1 Liberdade do árbitro .....	29
3.2.2 A aplicação de regras transnacionais de direito.....	31
<b>4 MÉTODOS PARA DEFINIÇÃO DO DIREITO MATERIAL PELO ÁRBITRO.....</b>	<b>38</b>
4.1 Closest-connection test .....	39
4.2 <i>Voie indirecte</i> .....	41
4.2.1 Aplicação cumulativa de diferentes regras de conflito de leis .....	42
4.2.2 Aplicação de princípios gerais de direito internacional privado .....	43
4.3 <i>Voie directe</i> .....	45
4.3.1 Doutrina do <i>tronc commun</i> .....	46
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>49</b>



## INTRODUÇÃO

A arbitragem comercial internacional pode ser compreendida a partir de três elementos básicos. Primeiramente, requer-se a existência de “*arbitragem*”, o que exige um acordo para arbitrar, isto é, um acordo em submeter disputas a um julgador privado. Em segundo lugar, se entende por “*comercial*” qualquer relação negocial de cunho econômico, como transações, compra e venda, distribuição, representação, entre outros. Por fim, considera-se como “*internacional*” a arbitragem que tenha contato jurídico com mais de um Estado ou que envolva interesses do comércio internacional.

O presente trabalho se propõe a investigar de que maneira, no âmbito das arbitragens comerciais internacionais, opera a escolha do direito aplicável ao mérito. Considerando a complexa teia de sistemas jurídicos que podem interferir ao longo de todas as fases da arbitragem, desde sua constituição, até sua homologação e execução, importa ressaltar que, neste estudo, serão dedicadas considerações apenas às questões relacionadas ao direito material, especificamente no momento de sua escolha.

Inicialmente, deve-se atentar para as manifestações de vontade das partes, se houver escolha expressa quanto ao direito aplicável à demanda, o papel do árbitro se restringirá a dar efeito a essa vontade. No entanto, a questão ganha complexidade na ausência de determinação a esse respeito, ocasião em que caberá ao árbitro definir o direito material que irá reger a controvérsia.

Apesar de amplamente reconhecido o princípio da autonomia das partes, principalmente em matéria de arbitragem, há casos excepcionais em que a liberdade contratual pode ser restringida por força de princípios inafastáveis de direito. Em arbitragens internacionais, essa limitação é imposta pela chamada ordem pública internacional, a qual submete a ordem jurídica arbitral internacional à observância de determinados parâmetros e garantias fundamentais.

Para além de suas implicações práticas, a escolha do direito aplicável ao mérito na ausência de definição pelas partes também pode ser reveladora da representação jurídica de arbitragem adotada pelo árbitro. Nesse sentido, entende-se que há duas tendências principais que guiarão os árbitros diante de um dilema dessa ordem.

Em um extremo, está a tendência nacionalizadora que, arraigada em concepções positivistas de direito e tendo no Estado soberano a fonte de toda e qualquer jurisdição, assimila o árbitro ao juiz estatal e vincula a arbitragem ao sistema jurídico da sede. Em matéria de escolha do direito aplicável ao mérito, a filiação a essa tendência pode ser identificada quando o árbitro decide pela aplicação do direito da sede para governar o mérito da disputa, seja sob a

justificativa de que o árbitro possui *lex fori*, seja por intencionar dar efeito à vontade que teria sido implicitamente manifestada pelas partes quando da escolha a sede.

Em outro extremo, está a teoria desnacionalizadora, que entende que a arbitragem possui caráter autônomo e transnacional. Na escolha do direito aplicável ao mérito, essa tendência é coerente com a dissociação da sede da arbitragem, aplicação de regras transnacionais de direito e recurso às regras de conflito de leis reputadas como princípios gerais de direito internacional.

A existência da arbitragem é, em última instância, resultado da existência da autonomia da vontade das partes. Assim, o processo de escolha do direito aplicável deverá refletir o respeito a essa autonomia da vontade. O fato de que sua autoridade deriva da autonomia da vontade das partes, torna-os especialmente comprometidos a não frustrar as legítimas expectativas das partes quanto ao direito aplicável.

O tema é de grande importância, levando em consideração a centralidade do direito material, uma vez que frequentemente a escolha da legislação substancial impactará de forma significativa no resultado da demanda. Assim, o estudo irá se dedicar à análise dessas questões passando pelas principais considerações teóricas produzidas, bem como suas implicações na prática arbitral.

## 1 A INTERNACIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Inicialmente, convém conceituar o que é arbitragem internacional para o direito, antes de adentrar na análise da escolha do direito material que lhe poderá ser aplicada. A depender de suas características culturais<sup>1</sup>, cada Estado poderá aderir a um, ou a ambos, critérios para definição da internacionalidade da arbitragem, nomeadamente o critério jurídico ou objetivo (1.1) e o critério econômico (1.2).

### 1.1 Critério jurídico ou objetivo

Para o critério jurídico ou objetivo, é considerada internacional a arbitragem quando os seus diversos elementos vinculam mais de um ordenamento jurídico. Assim, a concepção admite a existência de arbitragem internacional a partir do momento em que todos os pontos de conexão possíveis do litígio ou da arbitragem não designam um único Estado.

Os adeptos dessa abordagem retiram seus fundamentos de lições clássicas do direito internacional privado. Assim, para chegar a uma definição quanto à internacionalidade da arbitragem, seria necessário analisar aspectos como a nacionalidade das partes, o local da assinatura da convenção de arbitragem, o local de execução das obrigações contratuais, bem como o local em que ocorreram os atos do procedimento arbitral.

Segundo Irineu Strenger, para que exista arbitragem internacional nos termos do critério jurídico, bastaria que um único aspecto da arbitragem, seja ele material ou jurídico, afete país diverso daquele ao qual o restante do negócio está vinculado<sup>2</sup>.

Esse é o critério adotado por Henri Batiffol, para quem o contrato é internacional quando, pelos atos concernentes à sua conclusão ou execução, situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou ainda, à localização de seu objeto, possuir liames com mais de um sistema jurídico<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a escolha de critérios definidores da internacionalidade da arbitragem pelos Estados, preconiza Adriana Noemi PUCCI: “Uma vez que cada Estado soberano possui seu próprio ordenamento jurídico, cada país definirá, a partir da sua própria perspectiva cultural, se há necessidade de inserir em sua legislação dispositivos específicos relativos à arbitragem comercial internacional, e, caso a resposta seja afirmativa, que características definirão a arbitragem comercial internacional bem como as consequências práticas que derivam dessa especificação.” (PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional: a lei aplicável**. In BASSOPRADO-ZAITS [Coord.]. Direito do comércio internacional, pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30).

<sup>2</sup> STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996, p. 40.

<sup>3</sup> BATIFFOL, Henri. **Contrats et conventions**. Répertoire Dalloz de droit international privé, n. 9, p. 379.

O critério objetivo é adotado pela Suíça, cuja Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado (LDIP) estabelece, em seu artigo 176, que serão consideradas internacionais, para fins daquela legislação, todas as arbitragens sediadas na Suíça que tenham pelo menos uma parte sem domicílio, residência habitual ou sede na Suíça<sup>4</sup>.

A Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 1994 (“Convenção do México de 1994”), também optou pelo critério objetivo, que define um contrato como internacional quando as partes possuam residência ou estabelecimento em Estados diferentes, ou se o contrato possuir ligações com mais de um Estado<sup>5</sup>.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 1º, item 3, da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, revisada em 2006 (“Lei Modelo da UNCITRAL”), que será internacional a arbitragem quando as partes vinculadas à convenção de arbitragem tiverem, no momento de conclusão do contrato, seus estabelecimentos comerciais em diferentes Estados ou então, se a sede da arbitragem, ou o local de cumprimento da obrigação, ou, ainda, o local com o qual o objeto do litígio está mais fortemente conectado, estiverem situados fora do Estado no qual as partes possuem seus estabelecimentos comerciais<sup>6</sup>.

Vale observar, no entanto, que a Lei Modelo da UNCITRAL estipula que, alternativamente, caso não preenchidos os requisitos geográficos mencionados acima, será considerada internacional também a arbitragem na qual as partes expressamente acordarem quanto à sua internacionalidade.

## 1.2 Critério econômico

<sup>4</sup> LDIP, article 176: “Les dispositions du présent chapitre s’appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l’une des parties à la convention d’arbitrage n’avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse.”. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>5</sup> Convenção do México de 1994, artigo I: “Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais. Entende-se que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte.”. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>6</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, article 1. Scope of application: “[...] (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.”. Disponível em: [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration). Acesso em: 25 de março de 2021.

Além do critério jurídico, levando em consideração o direito comparado, há outros elementos aptos a caracterizar a internacionalidade da arbitragem, como o critério econômico, segundo o qual considera-se internacional a arbitragem que envolve a transação de bens entre dois ou mais Estados.

De acordo com Philippe Fouchard, o método econômico seria o mais adequado à definição da internacionalidade da arbitragem, tendo em vista a centralidade da relação jurídica contratual para a arbitragem do comércio internacional<sup>7</sup>.

Para o critério econômico, é internacional a arbitragem que tiver por objeto um litígio referente à movimentação de bens, serviços e moedas de um Estado a outro, razão pela qual o método econômico é também denominado critério do “*fluxo e refluxo através das fronteiras*”<sup>8</sup>.

Esse critério é adotado pelo ordenamento jurídico francês que, no artigo 1504, de seu Código de Processo Civil, define como internacional a arbitragem que põe em jogo interesses do comércio internacional<sup>9</sup>. Critério idêntico é adotado pela legislação portuguesa<sup>10</sup>.

Consequentemente, é possível que nesses países uma arbitragem se desenrole em território nacional, tenha sua sentença ali proferida, mas seja considerada internacional em razão da internacionalidade da transação objeto do contrato.

Conforme aponta Hermes Marcelo Huck, o critério econômico está inserido na tendência mais ampla ligada à desnacionalização da arbitragem, a qual possuiria princípios gerais e regras e costumes próprios à realidade do comércio internacional, sem buscar legitimação em um sistema de direito nacional específico<sup>11</sup>.

### 1.3 O sistema adotado pela Lei 9.307/96

<sup>7</sup> FOUCHARD, Phillipe. **Quand un arbitrage est-il international ?**. Philippe Fouchard : Écrits - Droit de l'arbitrage e droit du commerce international. Paris : Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 261.

<sup>8</sup> *In verbis*: “est international l’arbitrage ayant pour objet un litige portant sur des mouvements de biens, de services ou de monnaies à travers les frontières.” (FOUCHARD, Phillipe. **Quand un arbitrage est-il international ?**. Philippe Fouchard : Écrits - Droit de l'arbitrage e droit du commerce international. Paris : Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 260).

<sup>9</sup> FRANÇA. **Code de procédure civile**. Livre IV : L'arbitrage. (Articles 1442 à 1527) Modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. article 1504: “Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.”.

<sup>10</sup> PORTUGAL. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Artigo 49. Conceito e regime da arbitragem internacional: “1 - Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional”.

<sup>11</sup> HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

Quanto aos elementos definidores da internacionalidade dos contratos, o direito brasileiro, assim como o direito alemão e holandês, adota o sistema monista, isto é, sem diferenciação entre as regras aplicáveis às arbitragens nacionais e internacionais.

Embora a Lei 9.307/96 tenha definido a arbitragem no âmbito doméstico, não dispôs critérios ou regras dedicados à arbitragem internacional. Isso significa dizer que, para a legislação brasileira, são válidas as normas da Lei 9.307/96 para todas as arbitragens, independentemente da presença de qualquer elemento de estraneidade que possa caracterizá-las como internacionais.

Na verdade, somente no capítulo dedicado ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, mais precisamente no artigo 34, parágrafo único, é que encontra-se algum elemento definidor de internacionalidade nos termos da Lei 9.307/96<sup>12</sup>.

Ainda assim, o referido artigo se limita a indicar que a sentença arbitral proferida fora do território nacional deve ser homologada, adotando o critério objetivo, sem, no entanto, criar regras voltadas especificamente à arbitragem internacional<sup>13</sup>.

Um outro aspecto deve ser considerado. Aponta Adriana Noemi Pucci que a Lei 9.307/96 permite às partes transigir quanto à desnacionalização ou internacionalização dos aspectos processuais da arbitragem, por força do artigo 21<sup>14</sup>, que concede grande liberdade quanto à regulação do procedimento. Assim, seria possível “*internacionalizar*” a arbitragem por meio da eleição de um órgão institucional internacional para administrar o litígio, muito embora, para o direito brasileiro, seguirá sendo considerada arbitragem doméstica<sup>15</sup>.

Embora o Brasil adote o sistema monista, Thiago Marinho Nunes entende que a adesão do país a grandes convenções internacionais sobre arbitragem, como a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958 (“Convenção de

---

<sup>12</sup> Lei 9.307/96, artigo 34: “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. **Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.**” (grifou-se).

<sup>13</sup> A esse respeito, afirma Carlos Alberto CARMONA: “A fim de evitar discussões infundáveis sobre a definição de arbitragem internacional (com o objetivo de qualificar a sentença arbitral como estrangeira ou nacional), optou-se por critério objetivo, considerando nacional a sentença arbitral proferida em território brasileiro, ainda que todo o procedimento arbitral tenha-se desenvolvido no exterior. Portanto, é importante precisar o lugar em que a sentença haverá de ser proferida para aferir-se desde logo se será ou não necessário o procedimento de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras de que trata o Capítulo VI da Lei.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20).

<sup>14</sup> Lei 9.307/96, artigo 21: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.”

<sup>15</sup> PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional: a lei aplicável**. In BASSOPRADO-ZAITS (Coord.). Direito do comércio internacional, pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41.

Nova York”), e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975 (“Convenção do Panamá”), indicaria certa atenuação do sistema monista, na medida em que estes diplomas agregariam uma noção internacionalizante da arbitragem ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>16</sup>.

Em oposição ao sistema monista, há o sistema dualista, que implica na adoção de dois sistemas legais para disciplinar a arbitragem, um voltado especificamente à arbitragem doméstica, e outro dedicado à arbitragem internacional, como é o caso da França, Suíça e Colômbia.

No meio do caminho, há países como a Espanha, Itália e Peru, adeptos do chamado sistema monista internacionalizante, ou misto, que consiste na implementação de uma única legislação tanto para a arbitragem doméstica quanto para a arbitragem internacional, porém com determinadas normas destinadas especificamente à regulação da arbitragem internacional.

Quanto às razões invocadas para a opção por um ou outro sistema, percebe-se que os países adeptos do dualismo costumam pautar sua escolha principalmente no ganho em flexibilidade decorrente da adoção de regras voltadas somente à arbitragem internacional, as quais seriam mais permissivas e menos formais em comparação às regras destinadas apenas à arbitragem doméstica, proporcionando, com isso, um tratamento diferenciado e condizente com as especificidades do comércio internacional.

Por outro lado, nos países onde prevalece a aplicação do sistema monista, há uma assunção de que “*o que é bom para a arbitragem internacional é bom para a arbitragem interna, e vice-versa*”<sup>17</sup>. Nessa perspectiva, ao justificar a escolha pelo sistema monista, em detrimento do sistema dualista, para a caracterização da internacionalidade da arbitragem, a legislação espanhola de arbitragem assim dispôs, em sua exposição de motivos:

Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. **Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base - corroborada por la tendencia actual en la materia - de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa.** La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la

<sup>16</sup> NUNES, Thiago Marinho. **Reflexões sobre a internacionalidade da arbitragem no direito brasileiro**. Revista de Arbitragem, Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2012, pp. 270-271.

<sup>17</sup> Nas palavras de Philippe FOUCHARD: “Certains systèmes juridiques ignorent un tel dualisme, dont beaucoup d'auteurs ne voient pas la nécessité. Pour eux, ce qui est bon pour l'arbitrage international est bon pour l'arbitrage interne, et vice versa” (FOUCHARD, Philippe. **La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international**. Journal de Droit International, 1987, p. 861).

CNUDMI/UNCITRAL, está concebida especificamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general<sup>18</sup> (grifou-se).

Conforme demonstrado, essa posição é corroborada pela moderna interpretação da matéria, que entende que uma regulação adequada à arbitragem nacional também o será à arbitragem internacional. A Lei Modelo da UNICTRAL, como consta no excerto acima, embora tenha sido pensada para atender às particularidades da arbitragem comercial internacional, possui regras em geral igualmente válidas à arbitragem doméstica.

No entanto, apesar de suas justificativas, cada um dos critérios apresenta inconvenientes. Por essa razão, João Bosco Lee defende que o caminho mais eficiente seria a aplicação alternativa dos critérios objetivo e econômico, o que permitiria flexibilizar a definição de internacionalidade. De acordo com essa proposta, seriam qualificadas como internacionais as arbitragens com partes residentes ou com estabelecimento no estrangeiro, ou, alternativamente, que tratem de interesses do comércio internacional<sup>19</sup>.

## 2 ASPECTOS DO DIREITO APLICÁVEL EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Uma vez superada a questão da internacionalidade da arbitragem, passa-se à análise dos aspectos relevantes à escolha do direito aplicável ao mérito em arbitragens comerciais internacionais. Para melhor definir seus contornos, será traçado um paralelo entre as diversas leis que influenciam a arbitragem (2.1), bem como realizada análise sobre o particular papel da autonomia da vontade na definição do direito material (2.2) para, após, versar sobre as restrições impostas pela denominada “*ordem pública internacional*” (2.3).

### 2.1 Arbitragem e leis: uma complexa interação

<sup>18</sup> ESPANHA. Lei 60, de 23 de dezembro de 2003. Exposición de Motivos.

<sup>19</sup> LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, v. 11, 2001, p. 351.



Diferentemente de disputas submetidas à jurisdição estatal, a arbitragem comercial internacional pode ser diretamente influenciada por diversas leis ou regras de direito, o que confere complexidade à matéria.

Há no mínimo cinco sistemas jurídicos que podem ser refletidos na arbitragem internacional. Seriam eles: o direito que governa a convenção de arbitragem, o direito que governa a existência e procedimentos do tribunal arbitral, o direito, ou as regras de direito relevantes, aplicáveis às questões de mérito disputadas, outras regras aplicáveis, diretrizes e recomendações, e, finalmente, o direito que regerá o reconhecimento e execução da sentença, que pode vir a ser não apenas um direito, mas dois ou mais, tantos quantos forem os Estados onde as partes buscarem homologação da sentença arbitral<sup>20</sup>.

A possibilidade de escolha de diplomas legais diversos para governar o mérito e o procedimento em arbitragens decorre do princípio da separabilidade. Segundo o princípio, recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 8º, de Lei 9.307/96, a convenção de arbitragem é autônoma em relação ao contrato em que está inserta<sup>21</sup>.

Não raras vezes, portanto, procedimentos arbitrais são instituídos com o fim de decidir acerca da própria validade do contrato em que se encontra a cláusula arbitral. Considerar contrato e cláusula arbitral como acordos separáveis, significa, por conseguinte, admitir que quaisquer vícios que venham a afetar a existência, validade ou eficácia do contrato, não afetam a cláusula arbitral nele contida.

O princípio da separabilidade serve, então, ao propósito de evitar que eventual declaração de invalidade do contrato contamine, por extensão, a cláusula arbitral, e venha a tornar o juízo arbitral incompetente para dirimir a disputa.

Tendo em vista essa incomunicabilidade, não apenas é plenamente aceito, como também geralmente esperado, que em arbitragens internacionais o direito aplicável ao mérito da demanda não seja proveniente da mesma fonte do direito que governa o procedimento. Consequentemente, um procedimento arbitral pode perfeitamente ter por objeto decidir disputa com fundamento no direito material de determinado país, mas ter seu procedimento regido pelo direito de país diverso.

---

<sup>20</sup> NIGEL, Blackaby. PARTASIDES, Constantine, et al. Chapter 3. Applicable Laws. In: **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6th edition. Kluwer Law International. Oxford University Press, 2015, p. 157.

<sup>21</sup> Lei 9.307/96, artigo 8º: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Enquanto o direito procedimental impactará em questões atinentes ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, bem como à validade da convenção arbitral e arbitrabilidade, o direito material, por outro lado, importará para o conhecimento da causa e definição da prestação jurisdicional almejada.

Tendo em vista complexa interação de leis em arbitragens comerciais internacionais, tem-se que as questões concernentes à definição do direito aplicável não podem ser subestimadas. A imprevisibilidade e incerteza geradas pelo amplo espectro de possibilidades envolvidas, pode tornar as partes insatisfeitas com o resultado<sup>22</sup>.

## 2.2 Autonomia da vontade das partes

O processo arbitral não apenas privilegia a vontade dos contratantes, como é do exercício da autonomia privada, que decorre a legitimidade jurisdicional do árbitro. Não seria exagero afirmar, portanto, que a autonomia da vontade é a regra de ouro da arbitragem.

Em que pese seu amplo reconhecimento, a liberdade do árbitro para regular o litígio é sempre subsidiária à das partes, de modo que somente caberá ao árbitro determinar regras, materiais ou formais, aplicáveis ao litígio naquilo que as partes forem omissas.

Nessa linha, os principais regramentos de arbitragem, como a Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1961 (“Convenção de Genebra de 1961”), dispõem expressamente que a liberdade do árbitro é subsidiária à vontade das partes quanto à escolha da “*proper law*”. Esses dois diplomas contêm regras semelhantes dispondo que o tribunal arbitral somente poderá eleger as regras de direito aplicáveis à arbitragem na ausência de designação das partes a este respeito<sup>23-24</sup>.

A liberdade das partes quanto à escolha do direito aplicável ao contrato também é reconhecida por regras clássicas de direito internacional privado, não voltadas à regulação específica da arbitragem, como é possível extrair da Convenção sobre a Lei Aplicável às

<sup>22</sup> CROFF, Carlo. **The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?**. In: *The International Lawyer*, v. 16, n. 4, 1982, p. 622.

<sup>23</sup> UNCITRAL Model Law, article 28 “(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable [...]”.

<sup>24</sup> European Convention on International Commercial Arbitration, article VII: “Applicable law: The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.”.

Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, de 1955 (“Convenção de Haia de 1955”)<sup>25</sup>, que determina que o contrato de compra e venda será regido pela lei interna do país designados pelas partes contratantes.

Em se tratando de direito material uniforme, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG” ou “Convenção”), por exemplo, igualmente favorece a liberdade das partes ao dispor de mecanismos de “*opting out*” e “*opting in*”, que permitem excluir ou aderir à Convenção pela vontade das partes<sup>26</sup>.

Assim, se o direito internacional privado, tal como expresso em convenções internacionais, direito comparado e prática jurisprudencial, dá amplo reconhecimento à autonomia da vontade das partes, a prática arbitral o enfatiza ainda mais<sup>27</sup>.

As partes contratantes usufruem de grande liberdade inclusive para eleger direitos diferentes para diferentes partes do contrato, método conhecido como *dépaçage*. No entanto, aponta-se que a aplicação de diferentes legislações para componentes individuais do negócio carrega o inconveniente de aumentar os custos de transação e prejudicar a segurança e previsibilidade na escolha do direito<sup>28</sup>.

Mesmo na falta de elementos de conexão entre o contrato e o direito elegido, os árbitros não costumam contestar a escolha das partes. À título exemplificativo, no caso CCI nº 7047, de 1995, os árbitros entenderam que o reconhecimento da escolha efetuada pelas partes quanto ao direito aplicável seria uma prática corrente na arbitragem, devendo ser respeitada mesmo se o contrato não apresentar nenhuma outra conexão com o direito escolhido<sup>29</sup>. A mesma conclusão foi obtida pelo tribunal arbitral no caso CCI nº 4145, de 1983, em cuja sentença arbitral constou

<sup>25</sup> Convenção de Haia de 1955, artigo 2: “La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l’objet d’une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi.”. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1972/1882\\_1906\\_2087/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1972/1882_1906_2087/fr). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>26</sup> NALIN, Paulo, C. STEINER, Renata. **Compra e venda internacional de mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 120.

<sup>27</sup> Convenção de Roma de 1980, Artigo 3º: “Liberdade de escolha: 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato [...]”.

<sup>28</sup> GERTZ, Craig M. **The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Dépeçage**. Northwestern Journal of International Law & Business. v. 12. Issue I. 1991, pp. 179-180.

<sup>29</sup> ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7047, 1994, Final Award. In: ASA Bulletin. Volume 13, Issue 2, 1995: “It is standing practice in arbitration to recognize the choice of law made by the parties of their own free will even if the contract has no other connection with the law chosen. The parties’ free choice is expressly recognized for Switzerland in Art.187 LDIP.”.

que o princípio da liberdade das partes permitia a escolha de qualquer direito, ainda que não obviamente relacionado à disputa<sup>30</sup>.

Também privilegiando a autonomia da vontade das partes, no caso CCI nº 1512, de 1971, um árbitro único, ao decidir validar a escolha das partes quanto à aplicação do direito indiano, afirmou que *“há poucos princípios mais universalmente admitidos no direito internacional privado do que aquele denominado ‘proper law of the contract’, segundo o qual a lei que rege o contrato é aquela que foi escolhida pelas partes”*<sup>31</sup>.

Ademais, no passado, sustentava-se que as partes não poderiam, sem contradizer-se, escolher um direito cuja aplicação implicaria na anulação total ou parcial de seu contrato. Por entender que as partes não desejariam concluir um contrato inválido, presumia-se que elas não poderiam ter escolhido um direito que provocasse sua invalidade, mesmo que parcial.

No entanto, autores apontam que esse argumento deveria ser rejeitado, pois interpretaria erroneamente a intenção das partes quando da escolha do direito aplicável. Ao assumir um acordo, as partes buscariam situar-se sob a proteção de um sistema legal em que confiam, sem necessariamente estarem familiarizadas com o seu conteúdo, a fim de solucionar todas as dificuldades contratuais possíveis de emergir. Se a resolução dessas dificuldades gerar a anulação de uma cláusula, ou mesmo de todo o contrato, a intenção das partes é respeitada declarando-se a cláusula, ou o contrato, nulos. Nesses casos, portanto, as provisões mandatórias do direito escolhido pelas partes prevalecem sobre os termos do contrato<sup>32</sup>.

No direito brasileiro, todavia, o respeito à autonomia das partes quanto à escolha do direito aplicável à arbitragem, embora recepcionado pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 2º § 1º, da Lei 9.307/96<sup>33</sup>, foi tema bastante controvertido até ser aceito pelos tribunais.

Em 2002, ainda no início da vigência da Lei 9.307/96, o extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (1º TAC-SP), instado a se pronunciar sobre possibilidade

---

<sup>30</sup> ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 4145, 1983, Second Interim Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XII, 1987: “The principle of autonomy - widely recognized - allows the parties to choose any law to rule their contract, even if not obviously related with [the dispute].”.

<sup>31</sup> Tradução livre de: “There are few principles more universally admitted in private international law than that referred to by the standard terms of the ‘proper law of the contract’, according to which the law governing the contract is that which has been chosen by the parties, whether expressly or (with certain differences of variations according to the various systems) tacitly” (ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 1512, 1971, Final Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume I, 1976).

<sup>32</sup> GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: Chapter I - Applicable Law Chosen By The Parties**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, § 1439.

<sup>33</sup> Lei 9.307/96, artigo 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. **§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.** § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” (grifou-se).

de as partes elegerem direito diverso do brasileiro para dirimir controvérsia contratual, validou a liberdade de escolha quanto ao direito aplicável.

No caso, a empresa brasileira *Thorey Invest Negócios Ltda.* ingressou com ação de cobrança no judiciário brasileiro em face de *Total Energy S.N.C e outra*. Inicialmente, a 26ª Vara Cível da Comarca de São Paulo indeferiu a preliminar apresentada pelas empresas rés alegando a incompetência daquele juízo para apreciar a causa, tendo em vista a existência de cláusula arbitral prevendo que eventuais divergências oriundas do contrato deveriam ser dirimidas conforme as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) e de acordo com o direito francês.

Irresignada, a empresa ré interpôs agravo de instrumento, julgado pela 7ª Câmara do 1º TAC-SP, que, além de reformar a decisão proferida pelo juízo de primeira instância, reforçando a impossibilidade de o poder judiciário dirimir controvérsia entre partes signatárias de cláusula arbitral, ainda chancelou a escolha das partes de aplicar legislação estrangeira ao contrato. A decisão representou importante precedente, pois consolidou entendimento sobre tema controverso no Brasil até então.

Embora o artigo 2º, § 1º, da Lei 9.307/96, já concedesse ampla liberdade às partes quanto à eleição de direito diverso do brasileiro para dirimir arbitragens, muito se discutia sobre a extensão desta liberdade, tendo vista sua aparente contrariedade com o disposto no artigo 9º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”)<sup>34</sup>, o qual estabelece a regra *locus regit actum*, segundo a qual os contratos devem ser regidos pelo direito do local em que foram celebrados.

Sobre o tema, o 1º TAC-SP entendeu que, *in casu*, seria incorreta a aplicação do artigo 9º, da LINDB, então denominada Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que o artigo 2º, da Lei 9.307/96 já regularia exaustivamente a matéria. Ainda, invocou a disponibilidade do direito e o princípio da autonomia da vontade das partes para fundamentar a livre escolha, pelos contratantes, sobre o direito que lhes seria aplicado. Nesse sentido, apontou o magistrado:

Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga. Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é

---

<sup>34</sup> LINDB, artigo 9º: “**Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.** § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” (grifou-se).

disponível para ambas as partes, e, portanto, não vem revestido da característica da irrenunciabilidade.

Não há norma cogente tutelando esse direito, afivelando-o e submetendo-o por conta de interesse do Estado ou por conta de interesse social direto, de sorte a impedir que sobre os valores dele objeto pudessem os contratantes dispor segundo seu alvitre.

**Dessa sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças<sup>35</sup> (grifou-se).**

Leciona o professor Jacob Dolinger, a esse respeito, que a *locus regit actum* é regra de conexão, não princípio, de modo que pode ser afastada caso as partes, no exercício de sua liberdade, contratem em conformidade com regras diversas das previstas no local em que celebrado o ato<sup>36</sup>.

Apesar da controvérsia, já superada, é possível celebrar o avanço da legislação brasileira em relação ao direito aplicável ao mérito do litígio. Isso porque os § 1º e § 2º, do artigo 2º, da Lei 9.307/96<sup>37</sup> concedem ampla liberdade quanto à determinação das “*regras de direito*” que irão governar a disputa. Já no § 1º, a opção pelo uso do termo “*regras de direito*” denota maior receptividade a instrumentos transnacionais<sup>38</sup>, o que é confirmado pelo § 2º, que expressamente autoriza o recurso a princípios gerais de direito, aos usos e costumes e às regras internacionais do comércio, desde que respeitados os limites dos bons costumes e da ordem pública.

Assim, o direito brasileiro respeita manifestações de vontade quanto ao direito aplicável a contratos internacionais que preveem a arbitragem como meio de resolução de disputas. O mesmo tratamento, contudo, não pode ser esperado quando contratos internacionais envolvendo partes brasileiras estão submetidos à jurisdição estatal pois, nesses casos, a validade de cláusulas de escolha de lei é ainda tema bastante controvertido nos tribunais<sup>39</sup>.

Mesmo em casos que as partes já tenham transigido sobre o direito que rege o contrato, é possível que uma das partes se insurja contra o acordado, alegando, por exemplo, a ocorrência

<sup>35</sup> BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0. Agravantes: TOTAL ENERGIE S.N.C e outra. Agravada: THOREY INVEST NEGÓCIOS LTDA. Relator: Juiz Waldir de Souza José. São Paulo, 24 de setembro de 2002.

<sup>36</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado**. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 521.

<sup>37</sup> Conforme artigo 2º, transcrito na nota nº 33.

<sup>38</sup> Vide item 3.2.2 *infra*.

<sup>39</sup> A esse respeito, observou Ingeborg SCHWENZER: “The most prominent example is Brazil where the validity of choice of law clauses is highly controversial. Thus, an American buyer acquiring goods from a Brazilian seller and having confidently contracted on the basis of the Uniform Commercial Code, may find itself in a very precarious position when trying to sue the seller in Brazilian courts applying domestic Brazilian law to the sales contract.” (SCHWENZER, Ingeborg, HACHEM, Pascal. **The CISG - Successes and Pitfalls**. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 57, n. 2, 2009, p. 464).

de algum vício de consentimento. Nesses casos, caberá ao árbitro decidir acerca da existência e a validade do consentimento das partes quanto à escolha do direito aplicável, valendo-se do direito que seria aplicável caso o consentimento fosse válido<sup>40</sup>.

Ademais, denota-se que, até quando aparentemente livre para determinar o direito material a ser aplicado à arbitragem, o árbitro deve guiar-se pelo respeito à legítima expectativa das partes. Afirmar Pierre Mayer, nesse sentido, que a vontade das partes é essencialmente o fator que distingue o árbitro do juiz, eis que, ao prestar a justiça como órgão do sistema judicial de determinado Estado, o juiz agiria como “*homem da lei*”, enquanto o árbitro, a seu turno, eleito julgador exatamente por força da vontade das partes, agiria como “*homem das partes*”<sup>41</sup>.

Nessa linha, Yves Derains preceitua que a verdadeira preocupação do árbitro não seria exatamente determinar o direito aplicável, mas justificar a aplicação do direito escolhido evidenciando sua coincidência com a legítima expectativa das partes<sup>42-43</sup>.

Observa-se que, para esse fim, o conceito de “*legítima expectativa das partes*” não corresponde exatamente ao conceito de “*vontade das partes*”. Principalmente pois, se houvesse vontade das partes quanto ao direito aplicável, não haveria sequer necessidade de o árbitro proceder à sua determinação. A legítima expectativa, nesse sentido, equivaleria a uma vontade presumida, implícita, a ser analisada *in abstracto*<sup>44</sup>.

Embora extensa, a vontade das partes quanto à escolha do direito é apenas um dentre os diversos elementos a serem levados em consideração no processo de determinação do direito aplicável à arbitragem. Certos limites imperativos devem igualmente ser observados.

Não se pode admitir que o procedimento arbitral dependa exclusivamente de regras de origem privada, pois garantias mínimas devem ser asseguradas às partes para que suas

---

<sup>40</sup> FERRARI, Franco, SILBERMAN, Linda. **Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. VII, Issue 26, 2010, pp. 73 – 121.

<sup>41</sup> Nas palavras do autor: “C’est ce qui fait la différence essentielle entre l’arbitre et le juge. Le juge est essentiellement l’homme de la loi ; l’arbitre est l’homme des parties ; il est là par leur volonté, pour faire ce qu’elles lui ont demandé et qu’il a accepté de faire.” (MAYER, Pierre. **La liberté de l’arbitre**. Revue de l’Arbitrage. Comité Français de l’Arbitrage, Issue 2, 2013, p. 346).

<sup>42</sup>. Semelhantemente, no caso CCI nº 6474, o tribunal arbitral fez constar: “[14] “In international commercial arbitration, the first and foremost duty of the arbitrator is undoubtedly to base his decisions, whether relating to jurisdiction or to the merits of the dispute, on the common will of the Parties, regarding for instance the applicable law, a method which does not exclude consideration, in proper circumstances, of a national or international public policy.” (ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 6474, 1992, Partial Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXV, 2000).

<sup>43</sup> DERAIS, Yves. **Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d’arbitrage commercial international**. In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 6e année, 1984-1985. 1986, p. 88.

<sup>44</sup> Ibid., p. 90.

pretensões sejam livre e equanimemente avaliadas. Essas garantias, como será exposto, resultam essencialmente da noção de ordem pública internacional.

### 2.3 Restrições impostas pela ordem pública internacional

Todo sistema legal possui certos parâmetros morais e éticos imutáveis que não podem ser ignorados ou evitados e sobre os quais os particulares não estão autorizados a transigir. Dá-se ao conjunto desses parâmetros o nome de ordem pública.

Para o direito internacional, há duas concepções distintas quanto ao conceito de ordem pública internacional. Para alguns, a ordem pública deriva necessariamente dos direitos nacionais. Para outros, existiria uma ordem pública mais ampla, internacional, que contemplaria não somente os interesses de Estados soberanos, mas de uma comunidade internacional alargada.

Exemplo da primeira posição pode ser retirado da fala do juiz Moreno-Quintana, que ao sustentar na Corte Internacional de Justiça a respeito da inexistência de uma ordem pública internacional, afirmou que “*apenas a ordre public nacional pode constituer une barrière à application de une relation de droit international privé*”<sup>45</sup>.

Opostos à essa posição, há aqueles que defendem a existência de uma ordem pública *verdadeiramente* internacional, assim entendida como os princípios gerais, comuns, ou mesmo fundamentais, do direito do comércio internacional.

Assim, constituiriam a ordem pública internacional, ou transnacional, os princípios considerados essenciais a diferentes sistemas jurídicos, sobre os quais existe consenso quase universal e que, em razão de sua importância, possuem força imperativa particular<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Tradução livre de: “It has also been suggested that there is a difference between national *ordre public* and international *ordre public* on the ground that the latter is of wider scope with regard to its invocation against a foreign law. Many writers recognize that this is so. Others, including myself, consider that only national *ordre public* may constitute a bar to the application of a relationship of private international law. International *ordre public* operates within the limits of the system of public international law when it lays down certain principles such as the general principles of the law of nations and the fundamental rights of States, respect for which is indispensable to the legal co-existence of the political units which make up the international community.”. (ICJ, International Court of Justice Reports. Separate Opinion of Judge Moreno Quintana. Guardianship of an Infant. 1958, pp. 106-107).

<sup>46</sup> LALIVE, Pierre. **Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Issue 3, 1986, p. 335.



Para Frédéric Eisemann, a ordem pública internacional, que se confundiria com os princípios gerais do direito, constituiria um dos únicos limites ao qual os árbitros internacionais estão sujeitos. limites da ordem pública internacional<sup>47</sup>.

Nesse sentido, vale ressaltar o teor da resolução emitida pelo Institut de Droit International, em conferência de 1989, segundo a qual em nenhuma hipótese um árbitro deve violar princípios de ordem pública internacional sobre os quais se alcançou consenso abrangente na comunidade internacional<sup>48</sup>.

Além disso, a ordem pública internacional fornece bases dentro das quais os árbitros podem afastar ou excluir a aplicação do direito escolhido pelas partes, caso seu efeito contrarie algum parâmetro fundamental aplicado<sup>49</sup>.

A esse respeito, Jacob Dolinger observa que, no âmbito da arbitragem comercial internacional, a ordem pública apta a limitar a aplicação de um direito escolhido pelas partes é aquela que se tem convencido chamar de “*ordem pública internacional*”, “*ordem pública transnacional*” ou, ainda, “*ordem pública mundial*”<sup>50</sup>.

Dessa forma, em que pese sua reconhecida autonomia, a arbitragem comercial internacional está em algum grau submetida à observância de certos parâmetros impostos pelo direito estatal.

### 3 PRINCIPAIS TENDÊNCIAS

Sabe-se que a arbitragem é amplamente utilizada, principalmente para a resolução de conflitos oriundos do comércio internacional, em que o recurso à via arbitral já se tornou regra. Contudo, se incontestado que a arbitragem internacional funciona na prática, seu funcionamento na teoria, por outro lado, não é tão pacífico<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> EISEMANN, Frédéric. La “*lex fori*” de l'*arbitrage commercial international*. In: Travaux du Comité français de droit international privé, 34-36e année, 1973-1975. 1977, p. 206.

<sup>48</sup> Institut de Droit International. Session of Santiago de Compostela, 1989, article 2: “In no case shall an arbitrator violate principles of international public policy as to which a broad consensus has emerged in the international community.”.

<sup>49</sup> LEW, Julian David Mathew, MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. **Chapter 17 Determination of Applicable Law**. In: Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003, p. 422.

<sup>50</sup> MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O direito aplicável ao mérito das Controvérsias internacionais submetidas à arbitragem**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 114.

<sup>51</sup> PAULSSON, Jan. **Arbitration in three dimensions**. London School of Economics Legal Studies Working Paper nº 2, 2010., p. 26.

O fato de o árbitro ser investido de poderes jurisdicionais por força de contrato, o que desafia os conceitos clássicos de jurisdição, como o cunhado por Giuseppe Chiovenda, para quem a atividade jurisdicional é entendida primordialmente como função do Estado<sup>52</sup>.

Se árdua a tarefa de definir, nos moldes das teorias clássicas, os contornos jurídicos da atribuição, por vontade das partes, de poderes jurisdicionais a um terceiro imparcial, ainda mais complexo é justificar o exercício dessa jurisdição, dita privada, no plano internacional, uma vez que a internacionalização da arbitragem põe ainda mais em evidência o destacamento da arbitragem em relação aos sistemas jurídicos internos.

A insuficiência das teorias processuais clássicas para explicar a natureza jurídica da arbitragem demandou a formulação de novas teorias que pudessem defini-la. Assim, existem hoje diversas concepções sobre os fundamentos da jurisdição arbitral internacional.

Em síntese, para a dogmática tradicional, a jurisdição exercida pelo árbitro internacional encontraria sua fonte de legitimação no ordenamento jurídico do território em que sediada a arbitragem. No outro extremo, está a corrente francesa que defende a autonomia jurídica da arbitragem internacional, partindo da premissa de que a arbitragem internacional se funda e se desenvolve de acordo com suas próprias regras, sem conexão com qualquer sistema jurídico nacional, nos moldes de uma ordem jurídica própria.

Importa ao presente estudo analisar as diferentes tendências sobre o tema, na medida em que, quanto mais alinhado estiver o árbitro a uma concepção nacionalizante, isto é, a uma concepção que imputa o poder jurisdicional do árbitro ao Estado em que sediada a arbitragem, mais ele estará inclinado a adotar regras de conflitos de leis vinculadas à sede no momento de dedicar-se à determinação do direito aplicável ao mérito.

Do contrário, se adepto à ideia de que há uma ordem jurídica arbitral autônoma, o árbitro geralmente estará mais propenso a agir com a discricionariedade necessária para aplicar regras transnacionais de direito<sup>53</sup> e até mesmo prescindir de qualquer regra de conflito de leis para chegar a uma definição quanto ao direito material que regulará a disputa<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> O doutrinador italiano jurisdição é definida como: “[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8).

<sup>53</sup> Vide item 3.2.2 *infra*.

<sup>54</sup> Vide item 4.3 *infra*.

Desse modo, duas tendências distintas, e aparentemente conflitantes, geralmente norteiam o árbitro nessa tarefa. São elas a tendência “*nacionalizadora*” (3.1), e a tendência “*desnacionalizadora*”, fundada na existência de uma ordem jurídica arbitral (3.2)<sup>55</sup>.

### 3.1 Tendência nacionalizadora: *lex facit arbitrum*

De acordo com essa teoria, o poder jurisdicional do árbitro chamado a resolver um conflito internacional seria necessariamente proveniente do Estado no qual a arbitragem está sediada. Essa perspectiva, portanto, se filia ao conceito de jurisdição enquanto exercício do poder soberano do Estado e assimila o árbitro com o juiz estatal da sede da arbitragem.

Em oposição à tese de que existiria um sistema de arbitragem comercial internacional autônomo, desraigado dos sistemas de direito nacionais, para essa corrente, a arbitragem comercial internacional estaria invariavelmente submetida à influência e controle dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essa tendência foi energeticamente defendida por Francis A. Mann, em artigo intitulado “*Lex Facit Arbitrum*”, publicado em 1967. Para o autor, juridicamente, não existiria arbitragem internacional, uma vez que toda arbitragem seria arbitragem doméstica<sup>56</sup>.

Assim, para a teoria nacionalizadora, o direito da sede da arbitragem pode repercutir de duas maneiras na determinação do direito aplicável, a depender da abordagem. Para a abordagem objetivista, filiada à ideia de *lex fori* da arbitragem internacional, o árbitro estaria obrigatoriamente vinculado às normas de direito internacional privado da sede, da mesma forma que o juiz estatal.

Para a teoria subjetivista, a escolha das partes em optar por determinado Estado para sediar a arbitragem indicaria, implicitamente, sua predileção por aquele sistema jurídico nacional para governar eventual litígio decorrente do contrato. Nesse sentido, Francis A. Mann afirmou que a escolha da sede da arbitragem “*está longe de ser fortuita, mas sim feita por bons e bem compreendidas razões e propósitos*”<sup>57</sup>.

Nessa linha, até meados do século XX prevalecia o entendimento de que a sede da arbitragem deveria ser considerada elemento determinante à escolha da regra de conflito de leis

---

<sup>55</sup> GRIGERA NAÓN, Horácio A. **Choice-of-law Problems in international commercial arbitration**. Tübingen, J. C. B. Mohr. 1992, p. 184.

<sup>56</sup> MANN, Francis A. **Lex Facit Arbitrum**. In: *Arbitration International*. v. 2. n. 3. 1986, p. 159.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 163.

que definiria o direito material, como demonstra a resolução emitida pelo Institut de Droit International, em conferência de 1957<sup>58</sup>.

O direito britânico, por exemplo, por muito tempo considerou a decisão de arbitrar no Reino Unido como forte indicativo de que as partes teriam implicitamente escolhido o direito britânico como aplicável ao mérito da disputa<sup>59</sup>. Em 1968, na sentença do caso *Tzortzis and Another v. Monark Line A/B*, a Court of Appeal britânica sustentou que, apesar de a transação em questão possuir conexões mais estreitas com a Suécia, as partes teriam implicitamente escolhido o direito inglês para reger o contrato ao elegerem o Reino Unido como sede da arbitragem<sup>60</sup>.

A adesão a essa solução, de aplicação estrita da “*teoria da sede*”, traria a vantagem de promover a previsibilidade e uniformidade quanto à regra de conflito de leis a ser aplicada. No entanto, a teoria se prova frágil nos casos em que as partes não chegaram a um acordo quanto à sede, situação em que cabe ao árbitro ou ao órgão institucional elegê-la, de modo a prejudicar o argumento de respeito à vontade implícita das partes<sup>61</sup>.

Atualmente, a prática da arbitragem comercial internacional tende a conferir menos importância à escolha da sede da arbitragem, pois compreende que a decisão sobre a sede da arbitragem se dá de forma fortuita e levando em consideração aspectos não necessariamente ligados ao sistema jurídico daquele território, como a conveniência da localização geográfica, a presença da infraestrutura necessária e a neutralidade<sup>62</sup>.

Além disso, em termos teóricos, a equiparação de árbitros e cortes estatais promovida pela “*teoria da sede*” negligencia o caráter privado da jurisdição arbitral. Ao tratar a arbitragem como substituto da justiça estatal, a teoria ignora que os poderes do árbitro e do juiz derivam de fontes diversas.

A esse respeito, destaca Pierre Lalive:

---

<sup>58</sup> Institut de Droit International. Session d'Amsterdam, 1957, article 11: “Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige.”

<sup>59</sup> GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: The Law Applicable to the Merits of the Dispute**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, pp. 781-784, § 1428.

<sup>60</sup> No caso, afirmou o juiz acerca da influência da escolha do lugar da arbitragem para a definição do direito aplicável: “If the contract instead of inserting ‘London’ had inserted ‘Paris’, [...] I should have said that since the parties stipulated arbitration in Paris they intended French law to apply. I say the same about an English arbitration in London - English law.” (REINO UNIDO. Corte de Apelação Inglesa. 24.01.1968. EWCA J0124-3 (Civ). *Tzortzis and Another v. Monark Line A/B*).

<sup>61</sup> WORTMANN, Benda. **Choice of law by arbitrators**: The applicable conflict of law system. In: Arbitration International, v. 14, Issue 2, 1998, p. 106.

<sup>62</sup> ROUCHE, Jean, POINTON, Gerald H., DELVOLVÉ, Jean-Louis. **Part II, Chapter 6: Arbitrators and the Law**. In: French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. 2ª edição. Kluwer Law International, 2009, p. 138.

O árbitro exerce uma missão privada, conferida contratualmente, e somente por meio de uma interpretação demasiadamente artificial seria possível afirmar que seus poderes derivam, e mesmo assim muito indiretamente, de uma tolerância por parte Estado do local da arbitragem ou, melhor, dos Estados interessados (Estados das Partes, da sede, dos prováveis locais de execução da sentença), os quais admitem a própria instituição da arbitragem, ou da comunidade de nações, notadamente daqueles que ratificaram convenções internacionais sobre a matéria. Não seria querer encerrar o árbitro internacional em uma espécie de leito de Procusto ao assimilá-lo ao juiz estatal, que está imperativamente vinculado, salvo exceção, ao sistema de direito internacional privado do país de sua sede e de onde derivam seus poderes de decisão?<sup>63</sup>

Nesse sentido, no caso nº 120/1998, do Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, o tribunal arbitral posicionou-se no sentido de que “*a doutrina atualmente dominante e a jurisprudência arbitral internacional admitem que na determinação do direito material aplicável, o árbitro abandone a aplicação de regras de conflito de leis da sede.*”<sup>64</sup>.

Na mesma linha, em sentença arbitral proferida em Londres, no caso CCI nº 5717, de 1988, o tribunal arbitral afirmou, em relação ao direito aplicável ao mérito da causa, que “*a escolha de Londres como a sede da arbitragem e do inglês como o idioma do contrato não indica, por si só, a intenção das partes de que a lei inglesa deveria governar a validade do compromisso arbitral*”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Tradução livre de: “L'arbitre exerce une mission privée, conférée contractuellement, et c'est par une interprétation assez artificielle que l'on pourrait faire découler son pouvoir, et encore très indirectement, d'une tolérance de l'Etat du lieu de l'arbitrage ou, plutôt, des Etats en cause (Etats des parties, du siège, des lieux probables d'exécution de la sentence) qui admettent l'institution même de l'arbitrage, voire de la communauté des Etats, notamment de ceux qui ont ratifié les conventions internationales en la matière. N'est-ce pas vouloir enfermer l'arbitre international dans une sorte de lit de Procuste que de l'assimiler au juge étatique, impérativement lié lui [sauf exception] au système de droit international privé du pays où il siège et dont il tire exclusivement son pouvoir de décision ?” (LALIVE, Pierre. **Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1976, p. 157).

<sup>64</sup> Tradução de: “Considering that, the most authoritative present-day doctrine and international arbitration jurisprudence admit that in determining the substantive law, the arbitrator may leave aside the application of the conflict of law rules of the forum.” (CRCICA, The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration. In: **An African furniture company (seller) v An Asian company (buyer)**. Partial Award, Case No. 120/1998, 2000. In ALAM-ELDIN, Mohie-Eldin (ed.). *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II*. Kluwer Law International, 2003, pp. 25-34).

<sup>65</sup> Tradução livre de: “The choice of London as the place of arbitration and English as the language of the contract does not, in itself, indicate an intention of the parties that English law should govern the validity of the agreement to arbitrate.” (ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 5717, 1988, Interim Award. In: ICC Bulletin No. 2, 1990).

Assim, conclui-se que apesar de sua relevância histórica, a tendência nacionalizadora encontra-se, para fins de determinação do direito aplicável, atualmente ultrapassada e, não seria exagero afirmar, obsoleta<sup>66</sup>.

### 3.2 Tendência desnacionalizadora: ordem jurídica arbitral

Para a toeira da ordem jurídica arbitral, a arbitragem comercial internacional seria uma arbitragem destacada de qualquer ordenamento estatal, submetida somente às normas e autoridades verdadeiramente internacionais. Assim, a tendência desnacionalizadora é, em muitos sentidos, revolucionária.

Embora a falta de poder coercitivo do árbitro, a necessidade de cooperação da justiça de cada Estado para conferir força executiva às sentenças arbitrais e, ainda, a incipiência das normas de direito internacional privado, tornem aparentemente inalcançável a existência de uma verdadeira jurisdição do comércio internacional, a arbitragem ganharia autonomia ao ser considerada o instrumento mais eficaz de justiça pelos comerciantes internacionais<sup>67</sup>.

Para a corrente desnacionalizadora, a jurisdição da arbitragem internacional não provém de poderes prévios conferidos por nenhum Estado soberano. Isso não significa dizer que a arbitragem internacional opera em um “*vácuo jurídico*”, mas sim que existiria uma ordem jurídica arbitral internacional, válida por si só, independente e autônoma em relação aos Estados, que lhe conferira jurisdição.

A radicalidade da concepção de ordem jurídica arbitral está em provocar uma mudança de paradigma em relação ao conceito clássico de jurisdição, pois admite a existência de um poder jurisdicional desatrelado de qualquer soberania estatal, constituindo, assim, a antítese da tradição jurídica positivista, fortemente enraizada nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essa tendência, que teve na França os seus primeiros defensores, é bastante aceita pelos tribunais estatais francesas. Nesse sentido, a Cour de cassation já proferiu acórdãos notórios reconhecendo a existência de uma ordem jurídica arbitral internacional.

---

<sup>66</sup> Peter WOLFGANG sobre a erosão das regras de escolha de leis baseadas na sede da arbitragem: “With the exception of some older cases, or some cases in which the parties have chosen a national arbitral institution encompassing a set of rules providing for the application of the law of its state, this method is rarely used.” (PETER, Wolfgang. Chapter 3 - Renegotiation as a Legal Problem, Section 2. Choice of law by the Arbitral Tribunal. In: Wolfgang Peter. **Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements**. Kluwer Law International, 1995, p. 136).

<sup>67</sup> FOUCHARD, Phillipe. **L'autonomie de l'arbitrage commercial international**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1965, pp. 101-102.

No caso *PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding*, por exemplo, a *Cour de cassation*, ao validar a execução na França de sentença arbitral anulada na sede da arbitragem afirmou que “a sentença arbitral internacional, que não está relacionada a nenhuma ordem jurídica estatal, é uma decisão de justiça internacional”<sup>68-69</sup>. Assim, se a sentença arbitral é considerada fruto de justiça internacional, o mesmo postulado estende-se necessariamente à arbitragem na qual ela foi proferida.

A grande maioria dos diplomas legais e regulamentos de arbitragem implicitamente adotam essa teoria ao não exigirem que o tribunal arbitral aplique regras de conflito de leis ligadas à sede da arbitragem. No entanto, a tendência desnacionalizadora não está imune a críticas. Ainda que se considere ultrapassada a teoria segundo a qual o direito da sede da arbitragem “faz o árbitro” (*facit arbitrum*), é impossível ignorar que o direito da sede da arbitragem impõe certas obrigações a serem respeitadas.

### 3.2.1 Liberdade do árbitro

A falta de conexão necessária entre o árbitro internacional e uma ordem jurídica determinada, defendida pela tendência desnacionalizadora, subsidiou a teoria segundo a qual o árbitro exerceria especial *liberdade*, em função da posição de exterioridade que ocupa em relação às ordens jurídicas nacionais.

A particular liberdade usufruída pelo árbitro poderia ser explicada ao comparar a sua situação àquela tradicionalmente enfrentada pelo juiz. Nessa perspectiva, enquanto o juiz exerce sua função sempre nos termos de regras definidas pelo Estado em nome do qual atua, o árbitro, diversamente, exerce sua jurisdição, dita privada, de forma destacada de qualquer ente

---

<sup>68</sup> Tradução livre de: “la sentence internationale, qui n’est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice Internationale” (FRANÇA. Cour de cassation. 29.06.2007. Société PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding. In: Revue de L’Arbitrage. Comité Français de l’Arbitrage, 2007).

<sup>69</sup> Em resumo, no caso *PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding*, a empresa vendedora, PT Putrabali Adyamulia, ingressou com procedimento arbitral sediado em Londres a fim de obter o pagamento de mercadoria que não chegou ao seu destino em decorrência de um naufrágio do navio que a transportava. Em 2001, foi proferida sentença arbitral indeferindo os pedidos PT Putrabali Adyamulia por entender que a empresa francesa AS Rena Holding não estaria em dívida com a vendedora. No entanto, a sentença foi parcialmente anulada no mérito pela High Court de Londres, o que deu ensejo à instauração de nova arbitragem. Consequentemente, em 2003, foi proferida segunda sentença arbitral que, contrariamente à decisão resultante do primeiro procedimento, condenou AS Rena Holding ao pagamento de EUR 163 mil à PT Putrabali Adyamulia. Uma vez prolatada a segunda sentença, a empresa AS Rena Holding buscou a execução na França da primeira sentença, que havia sido parcialmente anulada na Inglaterra. Após discussões em primeira e segunda instância, em 29 de junho de 2007, a Cour de cassation deu a última palavra sobre o assunto ao decidir pela execução apenas da primeira sentença, uma vez que esta já teria formado coisa julgada e não poderia ter seu conteúdo alterado por decisão posterior.

estatal. Assim, juiz e árbitro assumem suas missões em condições completamente distintas o que, como se passará a demonstrar, impacta no momento da escolha do direito aplicável.

José María Chillón Medina afirma a esse respeito que, ao não atuar como órgão do Estado, a missão e natureza dos poderes do árbitro são marcadas precisamente pelos elementos que conferem originalidade à arbitragem. Essa originalidade se manifestaria, entre outros aspectos, em relação ao direito aplicável ao mérito da controvérsia, terreno mais permeável à influência da autonomia da vontade e à consequente liberdade dos árbitros, se comparada com a jurisdição estatal<sup>70</sup>.

Destarte, se a discricionariedade do juiz encontra seu limite no direito interno, devendo o magistrado ater-se sempre às regras de conflito de leis ditadas pelo ordenamento jurídico ao qual está vinculado, a discricionariedade do árbitro, também chamada neste trabalho de “liberdade”, encontraria seu limite na autonomia da vontade das partes e na ordem pública internacional.

Ademais, a liberdade do árbitro seria ainda mais extensa para a determinação do direito material, em comparação com a determinação do direito procedimental. Isso porque o direito interno da sede da arbitragem normalmente não exerce nenhum controle sobre o mérito da arbitragem e, portanto, não pode influenciar a escolha do árbitro acerca das regras de conflito de leis utilizadas ou sobre suas conclusões quanto ao direito aplicáveis ao mérito<sup>71</sup>.

A maior liberdade do árbitro nesse aspecto é implicitamente confirmada pela Convenção de Nova York, na medida em que o seu artigo V, ao elencar os motivos para o não-reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, sequer menciona a questão do direito aplicável ao mérito do litígio<sup>72</sup>. Sendo exaustivo o rol contido no artigo, conclui-se que o juiz

<sup>70</sup> MEDINA, José M. Chillón. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978, p. 427.

<sup>71</sup> GRIGERA NAÓN, Horácio A. **Choice-of-law Problems in international commercial arbitration**. Tübingen, J. C. B. Mohr. 1992, pp. 184-185.

<sup>72</sup> Convenção de Nova York (Decreto 4.311/2002), artigo V: “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não



do Estado em que se requer a execução da sentença arbitral não pode, para rejeitar sua homologação, controlar seu fundamento jurídico e alegar que o direito estatal que ele considera adequada deixou de ser aplicado.

Em sentido similar, a maioria das legislações internas de arbitragem, fortemente influenciadas pela Lei Modelo da UNCITRAL, vedam a revisão judicial sobre a justiça material da decisão, somente reconhecendo a nulidade de sentenças arbitrais por causas relacionadas a *error in procedendo*, não permitindo que causas ligadas a *error in judicando* deem ensejo a ações anulatórias.

Por essa razão, alega-se que geralmente os árbitros se sentem mais livres para explicitamente seguir tendências “*desnacionalizadores*”, desprendidas de fontes de direito associadas à sede da arbitragem, quando da escolha do direito aplicável ao mérito do que ao terem que escolher o direito procedimental.

Segundo Jean-Michel Jacquet, a posição específica em que se encontra o árbitro ao ser instado a escolher o direito aplicável ao mérito é suscetível de se manifestar em dois planos. Primeiramente, no aspecto metodológico, considerando sua situação particular de juiz privado e neutro em relação ao Estado, o árbitro deverá resolver certos problemas preliminares ao exercício de sua atividade relacionados aos métodos a serem implementados para eleição do direito material.

Após, apareceriam as questões ditas substanciais, que guardam relação com a natureza das regras potencialmente aplicáveis. Nesse último plano, poderiam surgir diversas complicações, uma vez que exigiria do árbitro conhecimento, a um só tempo, tanto das regras que podem ser aplicadas, como das regras que podem ser impostas, as quais os árbitros devem procurar respeitar a fim de não comprometer a validade da sentença a ser proferida<sup>73</sup>.

### 3.2.2 A aplicação de regras transnacionais de direito

Um dos objetivos da teoria da ordem jurídica arbitral é afastar da arbitragem a influência exercida pelos sistemas legais nacionais. Assim, há um grande incentivo à utilização de

---

se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”.

<sup>73</sup> JACQUET, Jean-Michel. **La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international**. Conférence à l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement (IHEID). Geneva, 2011, p. 202.

regramentos mais flexíveis, que reforçam o caráter autônomo da arbitragem, ligados mais à tradição legal própria do comércio internacional do que às tradições de culturas jurídicas locais.

Em razão disso, pode-se afirmar que a tendência desnacionalizadora contribui para a propagação e fortalecimento das chamadas regras transnacionais ou princípios gerais de direito, abarcadas no conceito mais amplo do que se costuma referir como *lex mercatoria*<sup>74</sup>.

Como regra geral, defende-se o emprego da expressão genérica *lex mercatoria* para nomear regras não ligadas a uma determinada jurisdição nacional. A expressão serve para designar não apenas regras transnacionais, as quais são conceituadas negativamente como todas as regras não exclusivamente originadas de um sistema legal nacional particular, mas também “*international trade usages*”, como os Termos Internacionais de Comércio (“Incoterms”), da CCI, que designam práticas internacionalmente reconhecidos em um setor específico do comércio<sup>75</sup>.

Os usos do comércio podem ser referidos pelas partes, e mesmo pelos árbitros, como aplicáveis ao contrato, como ocorre com as Incoterms, que estabelecem regras de venda traduzidas, por exemplo, pelas nomenclaturas “*Free on Board*” (FOB) ou “*Delivered by Duty Paid*” (DDP). Embora os usos do comércio estejam incluídos no conceito de *lex mercatoria*, exercem um papel puramente supletivo ao direito que rege a disputa, não se confundindo com a noção de princípios gerais do direito e regras transnacionais<sup>76</sup>.

Em geral, prefere-se a utilização do termo “*regras transnacionais*” a “*regras a-nacionais*” para evidenciar que essas regras, ao contrário de completamente dissociadas de ordenamentos jurídicos nacionais, como poderia sugerir o termo “*a-nacional*” derivam da convergência de principais oriundos de múltiplos sistemas legais amplamente aceitos pela comunidade legal internacional<sup>77</sup>.

O uso do termo “*regras de direito*”, ao invés da tradicional referência a “*direito*”, como fazem a legislação francesa (“*règles de droit*”)<sup>78</sup>, a legislação brasileira<sup>79</sup>, a Lei Modelo da

<sup>74</sup> O conceito de *lex mercatoria* foi propugnado pelo professor Berthold GOLDMAN em artigo intitulado “*La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux*”, publicado em 1961.

<sup>75</sup> GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: Chapter I - Applicable Law Chosen By The Parties**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, § 1447.

<sup>76</sup> GAILLARD, Emmanuel. **La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international**. In: Etudes offertes à Pierre Bellet. Paris, Litec, 1991, p. 216.

<sup>77</sup> Ibid., § 1447.

<sup>78</sup> FRANÇA. **Code de procédure civile**. Livre IV : L'arbitrage. (Articles 1442 à 1527) Modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. article 1511: “Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux **règles de droit** que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu’il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.” (grifou-se).

<sup>79</sup> Conforme artigo 2º, transcrito na nota nº 33.

UNCITRAL (“*rules of law*”)<sup>80</sup>, e os principais regulamentos institucionais de arbitragem<sup>81</sup> sinaliza, em decorrência de sua conotação mais ampla, que as partes podem escolher não apenas legislações elaboradas por sistemas jurídicos nacionais, mas princípios corporificados em convenções ou textos legais similares desenvolvidos a nível internacional<sup>82</sup>.

A aceitação da validade de princípios gerais de direito como direito aplicável ao contrato está em conformidade com a prática arbitral internacional. Demonstração disso é a Resolução adotada pelo Institut de Droit International, em conferência de 1979, prevendo que as partes podem eleger como direito aplicável ao contrato tanto um quanto vários sistemas legais domésticos ou princípios comuns a esses sistemas, ou princípios gerais do direito, ou princípios aplicáveis a relações internacionais econômicas, ou direito internacional, ou, ainda, uma combinação dessas fontes legislativas<sup>83</sup>.

A forma por meio da qual as partes ou o tribunal arbitral podem expressar sua escolha nesse sentido varia consideravelmente. Por vezes, é feita referência aos “*princípios gerais de direito do comércio internacional*” ou a “*costumes de comércio internacional*”, “*princípios comuns às nações civilizadas*”, “*princípios jurídicos comumente reconhecidos*”, “*direito internacional*” ou ainda “*princípios gerais estipulados no artigo 38 do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional*”<sup>84</sup>.

Essa última referência, convém observar, foi usada na histórica sentença do caso *Lena Goldfields Limited v. USSR*, julgado em 1930, citado como um dos primeiros, se não o primeiro, procedimento arbitral a fazer uso de princípios gerais como direito aplicável na arbitragem

<sup>80</sup> Conforme artigo 28, transcrito na nota nº 23.

<sup>81</sup> Regulamento de Arbitragem da CCI, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2021, artigo 21: “**Regras de direito** aplicáveis ao mérito: 1 As partes terão liberdade para escolher as **regras de direito** a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas. 2 O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes [...]” (grifou-se). Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 25 de março de 2021. No mesmo sentido: LCIA Arbitration Rules, effective 1 October 2020, article 22.3: “The Arbitral Tribunal shall decide the parties’ dispute in accordance with the law(s) or **rules of law** chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the **law(s) or rules of law** which it considers appropriate.” (grifou-se). Disponível em: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>82</sup> SHACKLETON, Stewart R. **The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996**. Arbitration International, v. 13, n. 4, 1997, p. 376.

<sup>83</sup> Institut de Droit International. Session of Athens, 1979, article 2: “The parties may in particular choose as the proper law of the contract either one or several domestic legal systems or the principles common to such systems, or the general principles of law, or the principles applied in international economic relations, or international law, or a combination of these sources of law.”.

<sup>84</sup> ROUCHE, Jean, POINTON, Gerald H., DELVOLVÉ, Jean-Louis. **Part II, Chapter 6: Arbitrators and the Law**. In: French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. 2ª edição. Kluwer Law International, 2009, p. 139.

comercial internacional. No caso, as partes não tinham acordado quanto à aplicação do direito internacional ou de princípios gerais de direito, na medida em que não havia nenhuma provisão quanto ao direito aplicável em seu contrato de concessão. Nessas circunstâncias, a decisão por um tribunal arbitral quanto à aplicação de regras não nacionais a uma relação comercial entre partes privadas era, à época, extremamente inovadora<sup>85</sup>.

O caso *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*, CCI nº 3131, sediado na Áustria, também assentou posicionamento de extrema relevância quanto ao recurso a regras transnacionais como direito material aplicável<sup>86</sup>. Nele, o tribunal arbitral, tendo em vista a não indicação das partes quanto ao mérito da disputa, e considerando a natureza internacional do contrato, decidiu abandonar qualquer referência a uma legislação específica e aplicar a *lex mercatoria*.

Em 1982, após ter sido condenada ao pagamento de indenização à *Pabalk*, a empresa francesa *Norsolor* moveu ação anulatória junto à Corte de Apelação de Viena (*Oberlandesgericht Wien*) alegando que, ao aplicar a *lex mercatoria* sem autorização das partes, o tribunal arbitral teria excedido os limites dos poderes que lhe haviam sido conferidos pela convenção de arbitragem, nos termos do artigo 595, §º 5º, do Código Civil Austríaco. A Corte de Apelação de Viena deferiu o pedido e sentença arbitral foi anulada<sup>87</sup>.

No entanto, a Suprema Corte Austríaca (*Oberster Gerichtshof*), reverteu a decisão, reconhecendo a validade da sentença arbitral sob a justificativa de que a escolha, pelo tribunal arbitral, de direito outro que não especificamente autorizado pelas partes para governar a disputa não configuraria transgressão da competência arbitral<sup>88</sup>.

Ademais, outra alternativa à tradicional opção pelo direito estatal é a aplicação de regras uniformes de direito, como a CISG, ou então dos princípios UNIDROIT, como se passará a expor.

Quanto ao recurso à CISG, observa-se que, para o presente estudo, interessam os casos em que tribunal arbitral aplicou a Convenção por considerá-la expressão de princípios gerais do direito internacional. Estão excluídas, portanto, do âmbito deste trabalho os casos em que a

<sup>85</sup> VEEDER, V. V.. **The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas**. In: International and Comparative Law Quarterly, v. 47, Issue 4, 1998, p. 750.

<sup>86</sup> “Faced with the difficulty of choosing a national law the application of which is sufficiently compelling, the Tribunal considered that it was appropriate, given the international nature of the agreement, to leave aside any compelling reference to a specific legislation, be it Turkish or French, and to apply the international *lex mercatoria*.” (ICC, International Chamber of Commerce. *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.* Case No. 3131, 1979, Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume IX, 1984).

<sup>87</sup> Oberlandesgericht Wien. **Société Anonyme Norsolor v. Pabalk Ticaret Limited Sirket**. In: Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1983, p. 516.

<sup>88</sup> Oberster Gerichtshof (Supreme Court). **Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd.**, 18 November 1982. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration, 1984, Volume IX, pp. 159-163.

CISG é aplicável em decorrência das regras de aplicação estabelecidas pela própria Convenção, por força da vontade das partes, ou, ainda, porque as regras de direito internacional privado da sede assim indicaram.

Entende-se inclusive que, em se tratando de arbitragem, essa última hipótese de aplicação da CISG não é a mais acertada. Se o tribunal arbitral resolve aplicar a Convenção porque as regras de direito internacional privado da sede da arbitragem indicaram tal solução, age como espécie de “*substituto*” do juiz estatal, aplicando as mesmas regras de conflito de leis a que o juiz estaria submetido<sup>89</sup>.

O caso CCI nº 7331 exemplifica como a Convenção pode ser aplicada ao mérito como regra transnacional de direito. Chamado a decidir acerca do direito aplicável ao mérito da disputa, o tribunal arbitral entendeu pela aplicação da CISG, uma vez que os princípios gerais do comércio internacional e os usos aceitos na prática comercial internacional deveriam governar a disputa. Para os árbitros, “*esses princípios e usos reconhecidos estão contidos de maneira mais completa na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*”<sup>90</sup>.

Cumprir pontuar que o escopo de aplicação da CISG, definidos em seus artigos 4 e 5, exclui determinadas matérias de serem reguladas pela Convenção, tratando exclusivamente sobre questões de formação do contrato e direitos e obrigações das partes<sup>91-92</sup>. Desse modo, como outras regras uniformes que pretendem harmonizar áreas particulares do direito, a CISG evitou incluir temas considerados demasiadamente controversos, abordados de forma muito discrepante por diferentes sistemas domésticos, uma vez que a regulação desses temas poderia

---

<sup>89</sup> No *Chinese Goods Case*, por exemplo, o Tribunal Arbitral entendeu pela aplicação da CISG em atenção às regras de direito internacional privado da Alemanha, sede da arbitragem: “The applicable law must be determined according to German private international law. A choice of German law can be inferred, according to Art. 27 of the Introductory Law to the Civil Code (EGBGB), from the agreement to refer disputes to a German arbitral tribunal. Undoubtedly, where the rules of private international law lead, as here, to German law, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [CISG], in force in Germany in 1990/1991, applies to sales contracts between parties in different States, by virtue of its Art. 1(1)(b).” (Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg [Arbitration court of the Hamburg Chamber of Commerce]. **Chinese Goods Case**. Partial Award of 21 March 1996.).

<sup>90</sup> Tradução livre de “[...] ces principes et ces usages reconnus sont contenus de la manière la plus complète dans la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises [...]” (ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7331, 1994, Arbitral Award. In: Clunet 1995, 1001).

<sup>91</sup> CISG, Artigo 4: “Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente: (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.”.

<sup>92</sup> CISG, Artigo 5: “A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.”.

ferir o propósito de uniformização do direito a que a Convenção se propõe<sup>93</sup>. A aplicação da CISG como direito material, portanto, pode não regular exaustivamente a disputa, caso em que precisará ser complementada por outro diploma legal quando necessária a resolução de questões não tratadas pela Convenção, como a validade do contrato.

Por fim, há ainda os casos em que o tribunal arbitral opta por aplicar como direito material os Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado de 2016 (“Princípios UNIDROIT” ou “Princípios”), os quais são considerados um exemplo bem-sucedido de regras transnacionais.

No Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT, está previsto que suas normas servem a diversas utilizações, todas ligadas à disciplina dos contratos do comércio internacional. Assim, as regras ali dispostas podem servir como direito aplicável quando (i) expressamente escolhidos pelas partes para governar o contrato. (ii) as partes tenham feito referência à aplicação de princípios gerais do direito ou *lex mercatoria* ou (iii) as partes ainda não tiverem escolhido o direito para governar o contrato. Ainda, os Princípios UNIDROIT também podem servir para interpretar ou suplementar tanto instrumentos internacionais de uniformização do direito quanto legislações domésticas e, por fim, para servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais<sup>94</sup>.

Há casos em que o direito indicado pela regra de conflito de leis aplicável se mostra inadequada aos fins do comércio internacional, hipótese em que também convém a aplicação dos Princípios UNIDROIT.

Quanto à natureza jurídica dos Princípios UNIDROIT, aponta-se que não há, na dogmática jurídica baseada no positivismo jurídico, categorias que sirvam à sua correta classificação. Desse modo, o conceito de *soft law* seria o que melhor se adequaria aos Princípios<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> KRÖLL, Stefan. **Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application**. In: The Journal of Law and Commerce. University of Pittsburgh. Celebrating the 25<sup>th</sup> Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Buffalo: William S. Hein, v. 1, 2005-2006, p. 39.

<sup>94</sup> UNIDROIT Principles. Preamble (Purpose of the Principles): “These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators.”.

<sup>95</sup> GAMA JR., Lauro. **Os Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais**. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). Novas perspectivas do direito internacional

Assim, como espécie de *soft law*, os Princípios do UNIDROIT, da mesma forma que outros tratados e convenções internacionais, traduzem a tendência global de harmonização do direito do comércio internacional, alternativamente ao *hard law* elaborado pelos Estados nacionais. Sobre o caráter transnacional dos Princípios, Lauro Gama observa:

Essa especial natureza dos Princípios do UNIDROIT deriva igualmente da ênfase que suas normas colocam nos costumes, usos comerciais e outras regras cuja autoridade primária acha-se fora do comando legislativo positivo do Estado (o que revela seu vínculo com as teorias pós-positivistas do direito), bem como da importância que dedicam à autonomia privada das partes. De mais a mais, o desenvolvimento de novos tipos contratuais - como os surgidos com o comércio eletrônico - e sua consolidação no domínio do direito do comércio internacional vão tornando porosa a fronteira que separa a *soft law* e a *hard law*<sup>96</sup>.

Além disso, dentre as vantagens da utilização de regras transnacionais como direito aplicável em arbitragens comerciais internacionais está a maior garantia de neutralidade no procedimento arbitral. Essa neutralidade, em transações comerciais internacionais, contém um componente psicológico, na medida em que relacionada à sensação subjetiva das partes de não serem prejudicadas pela aplicação de um direito material particular<sup>97</sup>.

Outra maneira de garantir a neutralidade na arbitragem seria mediante a aplicação da legislação nacional de um terceiro país, sem ligação direta com nenhuma das partes. No entanto, a promoção da neutralidade, nesses casos, custaria às partes o inconveniente de ter que litigar com base em direito desconhecido por ambas, colocando-as em situação igualmente indesejável.

Dessa forma, a utilização de regras transnacionais pode servir à superação de eventuais inconvenientes ligados à escolha do direito aplicável à arbitragem comercial internacional, ao reduzir incertezas ligadas à quantidade de ordenamentos jurídicos que poderiam intervir na arbitragem, além de promover a neutralidade na condução do procedimento e fornecer respostas adequadas aos interesses específicos das relações comerciais internacionais.

Apesar do exposto, a prática mostra que são raros os casos em que as partes preveem a aplicação de regras ou instrumentos outros que não ligados a um sistema jurídico nacional como direito aplicável ao contrato. Conforme apontam as estatísticas recentes da CCI, a previsão

---

contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 99.

<sup>96</sup> Ibid., p. 100.

<sup>97</sup> PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration**. In: GARIMELLA, Sai Ramani, JOLLY, Stellina (eds.). *Private International Law*. Singapura: Springer, 2017, p. 34.

contratual pela aplicação de regras transnacionais constou em apenas 1% de todas as arbitragens instituídas junto à CCI no ano de 2019, mesmo número registrado em 2017<sup>98</sup>.

Embora fuja do escopo deste trabalho analisar a fundo as razões que levam as partes e tribunais arbitrais a preferir a aplicação de sistemas jurídicos nacionais em detrimento de regras transacionais, é possível a maior conveniência representada pela aplicação do direito doméstico como uma das possíveis razões. Isso porque seria mais simples recorrer a um direito nacional específico.

Da perspectiva dos tribunais arbitrais, a tarefa de resolver um caso de acordo com um direito doméstico seria mais simples do que decidir de acordo com princípios gerais de direito, o que exigiria uma análise mais detida. Isso pois, dentre outras razões, nesse último caso o árbitro provavelmente teria que comparar uma variedade de respostas fornecidas por diferentes sistemas legais e demonstrar em suas decisões que o resultado material alcançado teria sido o mesmo caso aplicado um direito nacional<sup>99-100</sup>.

#### 4 MÉTODOS PARA DEFINIÇÃO DO DIREITO MATERIAL PELO ÁRBITRO

Na maior parte dos casos, o direito material aplicável é definido previamente pelas partes litigantes, seja no contrato, seja em eventual compromisso arbitral ou ainda na ata de missão ou termo de arbitragem.

A disposição prévia quanto ao direito que governará o contrato ocorre principalmente quando as partes incluem em seus contratos cláusulas arbitrais recomendadas por órgãos arbitrais institucionais, chamadas *model clauses*, que podem ou incluir diretamente provisões sobre o direito que governará a disputa, como faz a *model clause* da London Court of

<sup>98</sup> ICC, 2019 Dispute Resolution Statistics. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>. Acesso em: 25 de março de 2021. ICC, 2017 Dispute Resolution Statistics. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-icc-dispute-resolution-statistics/>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>99</sup> BLESSING, Marc. **Choice of substantive law in international arbitration**. In: Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 1997, v. 14, Issue 2, p. 48.

<sup>100</sup> Essa demonstração foi feita no caso CCI nº 3540, em que o tribunal arbitral afirmou: “That, however, the arbitral tribunal, holding it appropriate not to avoid all references to a national law, will examine whether the solution contained in its award based on the *lex mercatoria* and the application of the maxim *pacta sunt servanda* - leaving aside the international public policy - would be fundamentally different from that resulting from national law [...] or, rather, from the two national laws invoked by the parties: Swiss law by Claimant and French law by Defendant.” (ICC, International Chamber of Commerce. **French Enterprise v. Yugoslav Subcontractor**. Case No. 3540, 1980, Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume 7, 1982).



International Arbitration (“LCIA”)<sup>101</sup>, ou então recomendar sua inclusão como fazem a CCI e o Singapore International Arbitration Centre<sup>102</sup>.

Surpreendentemente, no entanto, não raro o direito aplicável não é decidido *a priori* pelas partes, deixando a decisão a cargo dos árbitros. Indicam as estatísticas recentes da CCI que aproximadamente 12% de todas as arbitragens instituídas junto à CCI no ano de 2019 não incluíam cláusulas prevendo o direito material aplicável em seus contratos, o que ocorreu em 13% dos casos registrados em 2017<sup>103</sup>.

Assim, essa parte do trabalho dedica-se justamente à análise dos métodos disponíveis aos árbitros para, na ausência de qualquer escolha das partes a esse respeito, determinar o direito aplicável à disputa de forma independente.

O primeiro deles seria o *closest-connection test*, referente à aplicação do direito que apresentar maior conexão com a disputa (4.1.). Em segundo lugar, estaria a abordagem indireta, que ocorre quando o tribunal arbitral faz uso de uma análise de conflito de leis para determinar o direito aplicável, como exigem algumas legislações em matéria de arbitragem ao impor aos árbitros o dever de aplicar as regras de conflito de leis que considera apropriada. Trata-se da também chamada *voie indirecte* (4.2).

É possível, ademais, que o árbitro não recorra a nenhuma regra de conflito de leis para embasar a escolha da legislação aplicável ao mérito, adotando diretamente o direito que, de acordo com o seu entendimento, melhor atenderá os interesses das partes no caso concreto. Trata-se da chamada *voie directe* (4.3). Embora os métodos mencionados não sejam os únicos possíveis de serem utilizados pelos árbitros, são tão frequentemente utilizados que a adoção de outra abordagem poderia ser qualificada como marginal<sup>104</sup>.

#### 4.1 Closest-connection test

Uma das regras mais recorrentemente utilizadas para a definição do direito aplicável é a denominada *closest-connection test*, também utilizada para definição do direito aplicável à

<sup>101</sup> LCIA, Recommended Arbitration Clause for future disputes. Disponível em: [https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/LCIA\\_Recommended\\_Clauses.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>102</sup> ICC, Arbitration Clause. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/>. Acesso em: 25 de março de 2021; Singapore International Arbitration Centre, SIAC Model Clause, Applicable law. Disponível em: <https://www.siac.org.sg/model-clauses/siac-model-clause>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>103</sup> Conforme nota nº 98.

<sup>104</sup> DERAINS, Yves. *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1986, Issue 3, p. 383.

cláusula arbitral, de acordo com a qual deverá ser utilizada para dirimir o litígio o direito que, como o próprio nome da teoria sugere, possuir a conexão mais próxima com o conflito.

As legislações de arbitragem da Alemanha<sup>105</sup>, da Suíça<sup>106</sup> e do Japão<sup>107</sup>, assim como o Regulamento da Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)<sup>108</sup>, recomendam expressamente que, na ausência de disposição das partes quanto ao direito aplicável, o tribunal arbitral aplique o direito do Estado com o qual o objeto da causa está mais fortemente conectado.

Historicamente, para que as partes tivessem sua escolha quanto ao direito aplicável validada pelo direito internacional privado, o direito escolhido obrigatoriamente deveria guardar conexão objetiva com o objeto do contrato, de modo que as partes não estavam autorizadas a optar pela aplicação de direito não relacionado à disputa. Na prática arbitral atual, no entanto, essa abordagem foi praticamente abandonada, uma vez que hoje privilegia-se o direito das partes de escolher um sistema jurídico neutro, sem qualquer vínculo com as partes e com a disputa<sup>109</sup>.

O recurso ao *Closest-connection test* possui a vantagem de fornecer alguma certeza quanto ao direito ou regras de direito que a serem aplicadas ao fim, uma vez que o método é mencionado em diversas codificações sobre conflito de leis, tanto nacionais, como internacionais, como é o caso da Convenção sobre o direito aplicável às obrigações contratuais

---

<sup>105</sup> German Arbitration Act, section 1051 (2): "Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is most closely connected [...]". Tradução disponível em: <https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>106</sup> LDIP, article 187: "1 Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits."

<sup>107</sup> Japanese Arbitration Act, article 36 (2) "If an agreement set forth in the preceding paragraph has not been reached, the Arbitral Tribunal shall apply the laws and regulations of a State which has the closest relationship to the civil dispute that has been referred to the arbitration procedure and which should be directly applied to the case". Tradução disponível em: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2784&vm=2&re=02>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>108</sup> SCAI, Swiss Rules of International Arbitration, article 33: "1. The arbitral tribunal shall decide the case in accordance with the rules of law agreed upon by the parties or, in the absence of a choice of law, by applying the rules of law with which the dispute has the closest connection.". Disponível em: [https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012\\_Portuguese\\_2019.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012_Portuguese_2019.pdf). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>109</sup> GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: Chapter I - Applicable Law Chosen By The Parties**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, § 1435.

de 1980 (“Convenção de Roma de 1980”)<sup>110</sup> e da Convenção do México de 1994<sup>111</sup>. Por esse motivo a abordagem do *closest-connection* é considerada um princípio geral do direito internacional privado.

#### 4.2 *Voie indirecte*

Abordagem diversa para a escolha do direito aplicável ao mérito, na ausência prévia escolha das partes, é adotada por outras legislações e regulamentos de arbitragem, como a legislação de arbitragem do Reino Unido<sup>112</sup> e a Lei Modelo da UNCITRAL<sup>113</sup>, as quais estabelecem que, se não houver escolha prévia das partes, os árbitros devem fazer uso das regras de conflito de leis que consideram aplicáveis ou apropriadas à determinação do direito que regerá a disputa.

Os árbitros são, nessas ocasiões, instados a resolver um conflito de sistemas, ou conflito de segundo grau (“*conflit au deuxième degré*”)<sup>114</sup>, na medida em que terão que escolher a regra de conflitos de leis adequada, antes de dedicar-se à determinação do direito material propriamente.

A etapa inicial, portanto, consiste em dar cabo a uma análise cuja finalidade não é designar o direito aplicável, mas eleger qual, dentre os diferentes sistemas de direito internacional privado disponíveis, melhor se adequa à definição do direito material. Superada essa primeira etapa, o árbitro deve pôr em prática a regra identificada por efeito do teste de conflito de sistemas para, só então, aplicar à disputa o direito resultante do último conflito.

Ao assim proceder, o árbitro seria duplamente livre. Em primeiro lugar, livre para escolher a regra de conflito apropriada e, em segundo, livre para aplicar ao mérito da disputa o

<sup>110</sup> Convenção de Roma de 1980, artigo 4º: “1. Quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.”.

<sup>111</sup> Convenção do México de 1994, artigo 9: “Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.”. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>. Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>112</sup> English Arbitration Act, article 46: “Rules applicable to substance of dispute. [...] (3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.”.

<sup>113</sup> Conforme artigo 28, transcrito na nota nº 23.

<sup>114</sup> LALIVE, Pierre. **Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1976, pp. 155-156.

direito que considera apropriado<sup>115</sup>. Essa ampla discricionariedade seria questionável por provocar incertezas, na medida em que as partes não teriam como prever qual direito irá, em última instância, governar seu contrato<sup>116</sup>.

Pelo exposto, se os árbitros optarem por pautar sua escolha em observância a uma regra de conflito de leis, qualquer que seja, então farão uso da chamada *voie indirecte* (4.1), que pode consistir tanto na cumulação de regras de conflito de leis relevantes ao litígio (4.1.1) quanto na aplicação de princípios gerais de direito internacional privado (4.1.2).

#### 4.2.1 Aplicação cumulativa de diferentes regras de conflito de leis

Dentre os diversos métodos disponíveis, o árbitro pode proceder à aplicação cumulativa de regras de conflito de leis de diferentes Estados com os quais o litígio apresenta pontos de contato. Caso essas regras, de conteúdo quase sempre distinto, venham a convergir à aplicação do mesmo direito interno, então a convergência de resultados será considerada suficiente para justificar a solução pela aplicação deste direito.

As normas de quais Estados serão considerados para o conflito de leis é tema que caberá ao tribunal arbitral decidir, mas geralmente são incluídas as normas dos sistemas jurídicos a que pertencem as partes e, frequentemente, as normas da sede da arbitragem, embora estas últimas não necessariamente precisem ser levadas em conta pelos árbitros.

No caso CCI nº 7319, de 1992, envolvendo contrato de distribuição entre duas empresas, o árbitro único descartou a escolha incerta efetuada pelas partes quanto ao direito contratual. A expressão de vontade das partes suscitou dificuldades de interpretação, uma vez que o contrato de distribuição estava submetido aos “*princípios comuns aplicados nos doze Estados membros da União Europeia*”. Dessa forma, o árbitro único optou por recorrer à aplicação cumulativa de regras de conflito de leis irlandesas e francesas. Ao constatar que ambas as regras convergiam rumo à mesma solução, deduziu que o direito irlandês deveria ser aplicado à relação jurídica em questão<sup>117</sup>.

Um dos maiores exemplos de uso da aplicação cumulativa de conflito de leis pode ser encontrado no caso CCI nº 6149, de 1990, referente à disputa entre um vendedor coreano contra

<sup>115</sup> OSMAN, Filali, SALAMA, Saber. **Les méthodes de détermination du droit applicable par l'arbitre: vers un rattachement de la ‘voie directe’ à la méthode conflictuelle**. In: ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 21, Issue 2, 2003, p. 272.

<sup>116</sup> WORTMANN, Beda. **Choice of law by arbitrators: The applicable conflict of law system**. In: Arbitration International, v. 14, Issue 2, 1998, p. 105.

<sup>117</sup> ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7319, 1992, Partial Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXIVa, 1999.

um comprador jordaniano frente a um tribunal arbitral sediado na França. Tendo em vista a ausência de escolha das partes quanto ao direito aplicável, o tribunal arbitral examinou diferentes regras de conflitos de leis. Os árbitros buscaram as regras de conflito de leis dos Estados conectados à arbitragem e concluíram que as regras da Coreia, da Jordânia, do Iraque e da França, assim como a as regras da Convenção de Haia de 1955, levavam à aplicação do direito coreano<sup>118</sup>.

Quando o tribunal arbitral aponta que diferentes regras de direito internacional privado, ou diferentes princípios gerais de direito, indicam o mesmo direito material, não se poderia falar na existência de um “*conflito*” de fato. Esforços para demonstrar que as regras de direito relacionadas ao caso não diferem da solução encontrada pelos árbitros, expressam preocupação em comprovar consenso, ou ausência de conflito, quanto à decisão alcançada. Consenso e convergência, nesses termos, seriam conceitos inerentes à técnica de falso conflito de escolha de leis (“*false conflict choice-of-law technique*”)<sup>119</sup>.

Ao destacar a arbitragem de qualquer sistema jurídico nacional particular, o método cumulativo reconhece o caráter internacional ou transnacional da arbitragem comercial internacional. No entanto, a aplicação dessa técnica pode ser dispendiosa e, evidentemente, somente se mostra útil nos casos em que as regras de conflito de leis são semelhantes ou levam ao mesmo resultado<sup>120</sup>.

#### 4.2.2 Aplicação de princípios gerais de direito internacional privado

Essa solução envolve encontrar princípios comuns ou amplamente aceitos nos principais sistemas de direito internacional privado. Todavia, tendo em vista a dificuldade de identificar quais seriam esses princípios, os árbitros geralmente preferem se referir a regras de conflito de leis contidas em convenções internacionais, como a Convenção de Roma de 1980<sup>121</sup>, a

<sup>118</sup> ICC, International Chamber of Commerce. Final Award, Case No. 1512, 1971. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). Yearbook Commercial Arbitration, Volume XX, 1995.

<sup>119</sup> GRIGERA NAÓN, Horácio A. **Choice-of-law Problems in international commercial arbitration**. Tübingen, J. C. B. Mohr. 1992, pp. 244-245.

<sup>120</sup> LEW, Julian David Mathew, MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. **Chapter 17 Determination of Applicable Law**. In: Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003, pp. 433.

<sup>121</sup> Conforme artigo 4º, transcrito na nota nº 110.

Convenção do México de 1994<sup>122</sup> e a Convenção de Haia de 1955<sup>123</sup>, as quais são consideradas instrumentos de direito internacional privado uniformizado.

As Convenções mencionadas são referenciadas por árbitros mesmo em casos envolvendo partes de Estados não signatários. Embora a Convenção de Roma de 1980, por exemplo, vincule somente as jurisdições internas de estados-membros da União Europeia, é comum que se faça referência às suas regras mesmo em casos que não envolvam Estados contratantes, uma vez que a comunidade internacional as reputa como reflexo das soluções jurídicas mais aceitas internacionalmente.

No caso CCI nº 10274, de 1999, o árbitro único recorreu tanto ao artigo 4º, da Convenção de Roma de 1980, quanto ao artigo 3, da Convenção de Haia de 1955. As provisões das duas convenções indicaram o direito doméstico do país do vendedor, que correspondia ao direito dinamarquês. Considerando que a Dinamarca era signatária da CISG, mas com reservas quanto à Parte II da Convenção, o árbitro único decidiu pela aplicação da CISG para governar aquilo que dizia respeito às obrigações e remédios contratuais, conjuntamente à aplicação do direito doméstico dinamarquês para governar as questões atinentes à formação do contrato<sup>124</sup>.

Outro exemplo merecedor de destaque quanto ao uso de princípios gerais para a identificação de regras de conflitos de leis é o caso CCI nº 6527, de 1991. Ao decidir, o tribunal arbitral elucidou que, embora a doutrina clássica recomendasse o recurso às regras de direito privado vigentes na sede da arbitragem para a definição do direito material aplicável, uma vez que o árbitro não possui *lex fori*, seria mais apropriado aplicar princípios gerais de direito internacional privado, positivados em convenções<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> Conforme artigo 9, transcrito na nota nº 111.

<sup>123</sup> Convenção de Haia de 1955, artigo 3: “A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l’article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement. Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l’acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l’établissement qui a passé la commande, si c’est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commiss-voyageur. S’il s’agit d’un marché de bourse ou d’une vente aux enchères, la vente est régie par la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères.”. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1972/1882\\_1906\\_2087/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1972/1882_1906_2087/fr). Acesso em: 25 de março de 2021.

<sup>124</sup> ICC, International Chamber of Commerce. **Dairy and agricultural company D (Denmark) v Poultry producer B (Egypt)**. Case No. 10274, 1999, Final Award. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). In: Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXIX, 2004.

<sup>125</sup> “In accordance with the classical doctrine on conflicts of law, this rule should be determined by the law in force at the place of arbitration (*lex fori*). However, this doctrine has been widely criticized, mainly in consideration of the fact that the arbitrator, differently from the national judge, has no *lex fori*. Therefore, the arbitral tribunal considers it more appropriate to apply the general principles of international private law as stated in international conventions, particular those in the field of the sale of movable goods.” (ICC, International Chamber of Commerce. **Buyer v. Seller**. Case No. 6527, 1991. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). In: Yearbook Commercial Arbitration. Volume XVIII, 1993).

Dessa forma, o uso da metodologia de recurso a princípios gerais do direito reforça a tendência desnacionalizadora, na medida em que busca soluções em instrumentos internacionais e seria uma espécie de equivalente, em termos de regras de conflito de leis, à aplicação de regras transnacionais à disputa.

#### 4.3 *Voie directe*

De acordo com essa última abordagem, o árbitro, não satisfeito em ter que subsidiar sua escolha em um sistema de conflito de leis determinado, decide que o litígio deverá reger-se por determinado direito nacional ou então a regras de direito transnacionais, considerando a sua natureza e características.

O direito francês foi pioneiro ao expressamente admitir a possibilidade de os árbitros regularem o litígio em conformidade com as regras de direito que estimar apropriadas, na ausência de escolha das partes neste sentido, considerando, em todos os casos, os usos e costumes comerciais<sup>126</sup>. As legislações arbitrais da Áustria<sup>127</sup> e da Eslovênia<sup>128</sup> posteriormente adotaram abordagem semelhante.

Embora a maior parte das demais legislações nacionais de arbitragem não acompanhem posicionamento tão permissivo, regras semelhantes, concedendo ampla liberdade aos árbitros para diretamente determinar o direito aplicável, são adotadas pelos regulamentos de algumas das mais reputadas câmaras internacionais de arbitragem, como o Regulamento da CCI e da LCIA<sup>129</sup>.

O método da escolha direta, no entanto, frequentemente concilia considerações implícitas do árbitro quanto à regra de escolha de leis. Sentenças arbitrais descritas como exemplos do método de escolha direto geralmente revelam a existência de fatores de conexão subjacentes utilizados pelos árbitros, o que tornaria a abordagem direta bastante similar aos métodos tradicionais de escolha de leis<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> Conforme artigo art. 1511, transcrito na nota nº 78.

<sup>127</sup> Austrian Arbitration Act, section 603 (2): “Failing any designation by the parties of the applicable statutory provisions or rules of law, the arbitral tribunal shall apply the statutory provisions it considers appropriate.”.

<sup>128</sup> Law on Arbitration of Slovenia, article 32 (2): “Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it considers applicable.”.

<sup>129</sup> Conforme artigos 21 e 22.3, dos Regulamentos de Arbitragem da CCI e da LCIA, respectivamente, transcritos na nota nº 81.

<sup>130</sup> GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: Chapter I - Applicable Law Chosen By The Parties**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, § 1553.

Nessa perspectiva, parece impossível que, ao aplicar um direito específico diretamente à causa, os árbitros não tenham sofrido qualquer influência por considerações jurídicas. Essas considerações seriam, ao fim e ao cabo, a aplicação de regras de conflito de leis, uma vez que o árbitro sempre acabaria observando fatores como a “*closest-connection*” do contrato para chegar a uma definição quanto ao direito aplicável. Assim, apesar de nem sempre assumi-lo, os árbitros inevitavelmente recorreriam a algum método indireto<sup>131</sup>.

#### 4.3.1 Doutrina do *tronc commun*

Outra manifestação da via direta consistiria na aplicação da teoria denominada *tronc commun*, na qual o árbitro decide aplicar as regras de direito partilhadas pelos sistemas jurídicos das partes. Essa teoria, cunhada por Mauro Rubino-Sammartano, preceitua que para identificar o direito aplicável, o árbitro necessita interpretar a real vontade das partes contratantes sem negligenciar os efeitos de sua omissão<sup>132</sup>.

Isso porque também a ausência de determinação das partes quanto ao direito aplicável representaria uma manifestação volitiva, uma vez que, ao silenciarem a esse respeito, as partes teriam feito uma “*escolha negativa*” tácita. Assim, ao não designarem um direito específico, as partes poderiam estar, na verdade, evitando um “*salto no desconhecido*” provocado pela opção por um sistema jurídico excessivamente afastado de seu direito nacional e sobre o qual não possuem domínio<sup>133</sup>.

Dessa forma, para a teoria do *tronc commun*, seria inútil aplicar um direito doméstico que as partes certamente não desejariam que fosse aplicado. A melhor solução seria governar a disputa em conformidade com os princípios de direito comuns aos sistemas jurídicos nacionais de ambas as partes e, na ausência de princípios comuns, pelas regras transnacionais de direito<sup>134</sup>.

A aplicação da teoria do *tronc commun* difere do recurso à *lex mercatoria* como direito aplicável ao contrato, uma vez que a *lex mercatoria* somente poderia ser aplicada residualmente, quando impossível a identificação de qualquer vontade, expressa ou tácita, das partes. A teoria do *tronc commun*, ao contrário, respeitaria a escolha tácita das partes. Nesses

<sup>131</sup> WORTMANN, Beda. **Choice of law by arbitrators**: The applicable conflict of law system. In: Arbitration International, v. 14, Issue 2, 1998, p. 101.

<sup>132</sup> RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **Le «tronc commun» des lois nationales en présence (Réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, Issue 2, 1987, pp. 133-138.

<sup>133</sup> Ibid., pp. 135-136.

<sup>134</sup> Ibid., p. 136.



termos, a *lex marcatoria* cumpriria função complementar, a ser utilizada na insuficiência das soluções oferecidas pelo direito nacional<sup>135</sup>.

Diversas críticas foram endereçadas a essa teoria sob as alegações de que recurso ao método exigiria extensos estudos de direito comparado, mostrando-se, por isso, excessivamente dispendioso, além de não se mostrar útil nos casos em que os diferentes direitos nacionais não coincidem<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Ibid., pp. 137-138.

<sup>136</sup> ICC, International Court of Arbitration. Case No. 7375, 1996, Arbitral Award. In: Rivista dell'arbitrato, 1999: "The application of the *trunc commun* Doctrine may require extensive comparative studies of law and may, in some cases, prove to be extremely difficult [...] Even more important is the observation that the doctrine gives no tangible answer how to deal with issues in respect of which the two national laws (here: Iran and US/Maryland) do not coincide."

## 5 CONCLUSÃO

Como exposto, ao ter que eleger uma regra de conflito de leis, ou aplicar diretamente o direito que considera adequado, o árbitro internacional se vê diante de uma situação especialmente delicada. Em comparação com as jurisdições estatais, tem-se que os juízes, ao contrário dos árbitros, não são confrontados por nenhuma dificuldade metodológica, na medida em que necessariamente vinculados às regras de direito internacional privado vigentes em seu território. O árbitro, não vinculado a nenhum sistema jurídico estatal, tem que enfrentar dilemas complexos para a definição do direito material, o que repercute tanto na metodologia a ser eleita, quanto no resultado que será alcançado, sobre o qual não se têm nenhuma certeza.

No entanto, é possível que o árbitro busque seguranças mínimas na determinação do direito aplicável ao mérito ao balizar sua conduta em dois critérios (i) a legítima expectativa das partes e (ii) a ordem pública internacional, independentemente da metodologia de escolha de leis a ser aplicada. Não se deve perder de vista que, ao fim, a missão do árbitro reside em proferir uma boa sentença. Para dar conta dessa missão, é necessário perseguir essencialmente os objetivos da justiça e da eficácia.

.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATIFFOL, Henri. **Contrats et conventions**. Répertoire Dalloz de droit international privé, n. 9.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996, p. 18897.

BRASIL. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0. Agravantes: TOTAL ENERGIE S.N.C e outra. Agravada: THOREY INVEST NEGÓCIOS LTDA. Relator: Juiz Waldir de Souza José. São Paulo, 24 de setembro de 2002.

BLESSING, Marc. **Choice of substantive law in international arbitration**. In: Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 1997, v. 14, Issue 2, pp. 39 – 66.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CCI, Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000.

CRCICA, The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration. In: **An African furniture company (seller) v An Asian company (buyer)**. Partial Award, Case No. 120/1998, 2000. In ALAM-ELDIN, Mohie-Eldin (ed.). **Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II**. Kluwer Law International, 2003, pp. 25-34.

CROFF, Carlo. **The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?**. In: The International Lawyer, v. 16, n. 4, 1982, pp. 613-345.

DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris: Economica, 1982.

DERAINS, Yves. **Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international**. In: Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 6e année, 1984-1985. 1986. pp. 81-103.

DERAINS, Yves. **L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, Issue 3. 1986. pp. 375 – 414.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado**. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

EISEMANN, Frédéric. **La “lex fori” de l'arbitrage commercial international**. In: Travaux du Comité français de droit international privé, 34-36e année, 1973-1975. 1977. pp. 189-213.

ESPANHA. **Lei 60, de 23 de dezembro de 2003**.

FERRARI, Franco, SILBERMAN, Linda. **Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. VII, Issue 26, 2010.

FOUCHARD, Phillipe. **L'autonomie de l'arbitrage commercial international**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1965, pp. 99-110.

FOUCHARD, Philippe. **La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international**. Journal de Droit International, 1987.

FOUCHARD, Phillipe. **Quand un arbitrage est-il international ?**. Philippe Fouchard : Écrits - Droit de l'arbitrage e droit du commerce international. Paris : Comité français de l'arbitrage.

FRANÇA. **Code de procédure civile**. Livre IV : L'arbitrage. (Articles 1442 à 1527) Modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011.

FRANÇA. Cour de cassation. 29.06.2007. Société PT Putrabali Adyamulia v. AS Rena Holding. In: Revue de L'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 2007.

GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John (eds.). **Part 5: Chapter I - Applicable Law Chosen By The Parties**. In: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international**. In: Etudes offertes à Pierre Bellet. Paris, Litec, 1991, pp. 203-2017.

GAMA JR., Lauro. **Os Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional**: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GERTZ, Craig M. **The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration**: A Case for Contractual Dépeçage. Northwestern Journal of International Law & Business. v. 12. Issue I. 1991.

GOODE, Roy. **The role of the lex loci arbitri in international commercial arbitration**. In: Arbitration International. v. 17. n. 1. 2001.

GRIGERA NAÓN, Horácio A. **Choice-of-law Problems in international commercial arbitration**. Tübingen, J. C. B. Mohr. 1992.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria**. Horizontes e Fronteiras do Comércio Internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 1512, 1971, Final Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume I, 1976.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7319, 1992, Partial Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXIVa, 1999.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7047, 1994, Final Award. In: ASA Bulletin. Volume 13, Issue 2, 1995.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 5717, 1988, Interim Award. In: ICC Bulletin No. 2, 1990.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 7331, 1994, Arbitral Award. In: Clunet 1995, 1001

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 6474, 1992, Partial Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXV, 2000.

ICC, International Chamber of Commerce. Case No. 4145, 1983, Second Interim Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume XII, 1987.

ICC, International Chamber of Commerce. **Pabalk Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.** Case No. 3131, 1979, Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume IX, 1984.

ICC, International Chamber of Commerce. **French Enterprise v. Yugoslav Subcontractor.** Case No. 3540, 1980, Award. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration. Volume 7, 1982.

ICC, International Chamber of Commerce. **Dairy and agricultural company D (Denmark) v Poultry producer B (Egypt).** Case No. 10274, 1999, Final Award. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). In: Yearbook Commercial Arbitration. Volume XXIX, 2004.

ICC, International Chamber of Commerce. Final Award, Case No. 1512, 1971. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). Yearbook Commercial Arbitration, Volume XX, 1995.

ICC, International Chamber of Commerce. **Buyer v. Seller.** Case No. 6527, 1991. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). In: Yearbook Commercial Arbitration. Volume XVIII, 1993.

ICC, International Court of Arbitration. Case No. 7375, 1996, Arbitral Award. In: Rivista dell'arbitrato, 1999.

ICJ, International Court of Justice Reports. Separate Opinion of Judge Moreno Quintana. Guardianship of an Infant. 1958.

JACQUET, Jean-Michel. **La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international.** Conférence à l'Institut de Hautes Études Internationales et du Développement (IHEID). Geneva. 2011.

KRÖLL, Stefan. **Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application**. In: The Journal of Law and Commerce. University of Pittsburgh. Celebrating the 25<sup>th</sup> Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Buffalo: William S. Hein, v. 1, 2005-2006.

LALIVE, Pierre. **Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1976.

LALIVE, Pierre. **Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. Issue 3, 1986, pp. 329 - 374.

LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, v. 11, 2001.

LEW, Julian David Mathew, MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M. **Chapter 17 Determination of Applicable Law**. In: Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003, pp. 411-437.

MANN, Francis A. **Lex Facit Arbitrum**. In: Arbitration International. v. 2. n. 3. 1986.

MAYER, Pierre. **La liberté de l'arbitre**. Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, Issue 2, 2013.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O direito aplicável ao mérito das Controvérsias internacionais submetidas à arbitragem**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

MEDINA, José M. Chillón. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978.

NALIN, Paulo, C. STEINER, Renata. **Compra e venda internacional de mercadorias: a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NIGEL, Blackaby. PARTASIDES, Constantine, et al. Chapter 3. Applicable Laws. In: **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 6th edition. Kluwer Law International. Oxford University Press, 2015, pp. 155-228.

NUNES, Thiago Marinho. **Reflexões sobre a internacionalidade da arbitragem no direito brasileiro**. Revista de Arbitragem, Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 251-282, jul./dez. 2012.

Oberlandesgericht Wien. **Société Anonyme Norsolor v. Pabalk Ticaret Limited Sirket**. In: Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, 1983, p. 516.

Oberster Gerichtshof (Supreme Court). **Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd.**, 18 November 1982. In: SANDERS, Pieter (ed.). Yearbook Commercial Arbitration, 1984, Volume IX, pp. 159-163.

OSMAN, Filali, SALAMA, Saber. **Les méthodes de détermination du droit applicable par l'arbitre: vers un rattachement de la 'voie directe' à la méthode conflictuelle.** In: ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, v. 21, Issue 2, 2003, pp. 272-285.

PETSCHKE, Markus A. **Choice of Law in International Commercial Arbitration.** In: GARIMELLA, Sai Ramani, JOLLY, Stellina (eds.). Private International Law. Singapura: Springer, 2017.

PAULSSON, Jan. **Arbitration in three dimensions.** London School of Economics Legal Studies Working Paper n. 2, 2010.

PORTUGAL. **Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.**

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional: a lei aplicável.** In: BASSOPRADO-ZAITS (Coord.). Direito do comércio internacional, pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista. Curitiba: Juruá, 2008.

REINO UNIDO. Corte de Apelação Inglesa. 24.01.1968. EWCA J0124-3 (Civ). Tzortzis and Another v. Monark Line A/B.

ROUCHE, Jean, POINTON, Gerald H., DELVOLVÉ, Jean-Louis. **Part II, Chapter 6: Arbitrators and the Law.** In: French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. 2ª edição. Kluwer Law International, 2009, pp. 131-157.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **Le «tronc commun» des lois nationales en présence (Réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international).** Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage, Issue 2, 1987, pp. 133-138.

SHACKLETON, Stewart R. **The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996.** Arbitration International, v. 13, n. 4, 1997, pp. 375–390.

Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg (Arbitration court of the Hamburg Chamber of Commerce). **Chinese Goods Case.** Partial Award of 21 March 1996.

SCHWENZER, Ingeborg, HACHEM, Pascal. **The CISG - Successes and Pitfalls.** In: The American Journal of Comparative Law, vol. 57, n. 2, 2009, pp. 457–478.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional.** São Paulo: LTr, 1996.

SUIÇA. **Loi Fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).**

UNCITRAL. **Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional.** 1985.

VEEDER, V. V.. **The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas.** In: International and Comparative Law Quarterly, v. 47, Issue 4, 1998, pp. 747-792.

WOLFGANG, Peter. Chapter 3. Renegotiation as a Legal Problem, Section 2. Choice of law by the Arbitral Tribunal. In: Wolfgang Peter. **Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements**. Kluwer Law International, 1995.

WORTMANN, Beda. **Choice of law by arbitrators**: The applicable conflict of law system. In: *Arbitration International*, v. 14, Issue 2, 1998, pp. 97-114.